





CORSO

DI

DIRITTO CIVILE

DI C. S. ZACHARIAE

PROFESSORE PRESSO L'UNIVERSITÀ DI EIDELBERGA

riprodotto ad uso

DELLE REGIE UNIVERSITÀ DI SICILIA

PER CURA

DI SALVATORE SABARIA

E

DELL'AVV. L. CASACCIO

Volume VIII.

PALERMO

1859

CORSO

DI

DIRITTO CIVILE

Vol. VIII.

CORSO
DI
DIRITTO CIVILE

DI C. S. ZACHARIAE

PROFESSORE PRESSO L' UNIVERSITA' DI EIDELBERGA

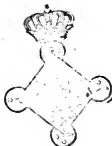
riprodotto ad uso

DELLE REGIE UNIVERSITÀ DI SICILIA

Preceduto da nna somma storica del dritto pubblico e privato romano e del regno; aumentato dai trattati sull' enfiteusi, su' majoraschi e sulla capacità dei monaci; dal confronto colle leggi romane e colle leggi antiche sicule-napolitane che riguardano anco il nostro dritto ecclesiastico, esposte storicamente. — Seguito da tutte le leggi, decreti, rescritti e ministeriali pubblicate sino ad oggi; arricchito dalle dottrine di Troplong, Demolombe, Coin-Delisle, Machelot, Marcadé, Blondeau, Couvoisier, Cadrès, Bugnet, Oudot e Valette ultimi scrittori e dall' ultima giurisprudenza delle Corti nazionali-estere. — Messo in rapporto colle teorie di medicina legale. — Un confronto delle nostre leggi coi principi di tutti i Codici esteri seguirà ogni trattato a fine di volume.

PER CURA

DELL'AVV. L. CASACCIO



VOLUME VIII.

PALERMO
PRESSO I FRATELLI PEDONE LAURIEL
1859

Stabilimento tipografico librario
DEI FRATELLI PEDONE LAURIEL.

AVVERTIMENTO

Le aggiunzioni e le annotazioni precedute da uno o due asterischi (**), *sono quelle dettate dall'* Avv. Lorenzo Casaccio.

Quando vi sono due numeri di articoli, il secondo fra parentesi 10 (10) *appartiene alle nostre leggi, mentre il primo appartiene al Codice francese.*



DIRITTO CIVILE TEORICO

PARTE SECONDA

(continuazione)

SEZIONE SECONDA

DELLE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO.

***569** Cenno storico. **570** Delle differenti specie di disposizioni a titolo gratuito. **571** Della scelta fra le disposizioni tra vivi e le disposizioni testamentarie.*

Fonti.—Codice civile, articolo 813 a 1054 (*).

569. Cenno storico (1).

La materia delle donazioni e-

(*) Bibliografia.— 1. Dritto antico. *Carrispondenza ufficiale del cancelliere d' Aguesseau*, nelle sue opere ; edizione Pardessus , t. XII , *Osservazioni sull'ordinanza di Luigi XV , concernente le donazioni* , di Furgole; Tolosa, 1761, 2 vol. in 4. *Spiegazione dell' ordinanza di Luigi XV, concernente le donazioni*, di Boutaric; Avignone, 1744 , 2 vol. in 4. *Trattato delle Donazioni*, di Ricard , nelle sue opere ; Parigi 1754, e Clermont-Ferrand. 1783, 2 vol. in fol. *Trattato de' testamenti*, di Furgole; Parigi 1779 , 3 vol. in 4. *Commentario dell'ordinanza del 1747 sulle sostituzioni*, di Furgole; Parigi , 1767 , 1 vol. in 4. *Spirito delle ordinanze di Luigi XV* , di Salle , Parigi , 1759 , 1 vol. in 4. *Trattato delle donazioni tra vivi e testamentarie*, di Pothier, nelle sue opere.— 2. Dritto intermedio. *Trattato compiuto sulle disposizioni gratuite e sulle successioni* ab intestato, *conformemente alla legge del 4 germile anno VIII*, di Tissandier; Parigi, 1801 , 1 vol. in 8. — 3. Dritto nuovo. *Trattato delle donazioni tra vivi*, di Guilhon; Tolosa, 1818, 3 vol. in 8. *Trattato delle donazioni , dei testamenti e di tutte le altre disposizioni gratuite*, di Grenier ; 3 ediz. , Clermont-Ferrand, 1826, 2 vol. in 4. 4 edizione, 1842, 4 vol. in 8. *Trattato delle donazioni tra vivi e dei testamenti , o sia , commentario del titolo II del libro III del Codice civile* , di Poujol; 1836, 2 vol. in 8. *Reassunto e conferenza dei commentarii del Codice civile sulle successioni, sulle donazioni e sui testamenti* , di Vazeille; Parigi, 1837 , 3 vol. in 8. *Commentario analitico sul titolo delle donazioni e dei testamenti*, di Coin-Delisle; Parigi, 1841, 1 vol. in 4. Troplong, Donazioni e testamento.

(1) Affin di rendere compiuto questo cenno, in cui trovasi esposta la storia della riserva e delle sostituzioni. Confr. Grenier, *Discorso sto-*

ra, prima della rivoluzione, regolata principalmente dell' ordinanza del mese di febbraio 1731, alla quale rannodavansi la dichiarazione del 17 febbraro 1731 e le lettere patenti del 3 luglio 1769, relative alla formalità della insinuazione. Questa ordinanza, sebbene obbligatoria per tutta la Francia, non avea però compiutamente cancellate le differenze che altra volta esistevano tra il diritto consuetudinario e la legislazione dei paesi di dritto scritto (1).

Or appunto dall'ordinanza del 1732 i compilatori del Codice hanno in gran parte attinte le regole concernenti la natura, la forma e gli effetti delle donazioni tra vivi. Ne hanno poi essi rendute compiute le disposizioni mercè prestanze tolte tanto dal diritto, romano quanto dal diritto consuetudinario, sostituendo alla formalità dell' insinuazione quella della trascrizione.

La legislazione romana, seguita con alcune modificazioni nei paesi di dritto scritto; e il dritto consuetudinario, presentavano, nella materia dei testamenti, differenze più caratteristiche e più profonde che nella materia delle donazioni.

Nei paesi di dritto scritto, la instituzione di erede era dell'essenza dei testamenti, i quali per conseguenza venivano distinti dai semplici codicilli. Quivi seguivasi la regola: *Nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*; e l'erede istituito continuava la persona del defunto (2).

Ne' paesi di consuetudini per contro, il defunto era esclusivamente rappresentato dagli eredi del sangue. Ivi non era riconosciuta l' instituzione di erede con gli effetti che il diritto romano le attribuiva (3); e gli atti di ultima volontà, qualunque ne fossero le disposizioni, non costituivano, sotto il punto di vista di questo dritto, che semplici codicilli. Adunque, la regola: *Nemo pro parte testatus*, ec. non vi aveva alcun significato.

L'ordinanza del mese di agosto 1735 su i testamenti non ebbe per oggetto lo stabilire una legislazione uniforme in questa materia. Essa conservò, salve alcune eccezioni (4), le differenti forme di testare ammesse tanto dal diritto scritto quanto dal dritto consuetudinario, e si limitò a regolare, in un modo più certo, le formalità peculiari alle diverse specie di testamenti.

Il Codice civile ha dato, per quanto concerne il carattere essenziale e gli effetti dei testamenti, la preferenza ai principii del diritto consuetudinario. La

rico, in testa al *Trattato delle donazioni*.

(1) Vedi, tra gli altri: art. 2 e 3.

(2) Egli godeva altresì della investitura ereditaria, come l'erede del sangue ne godeva nei paesi consuetudinarii.

(3) « Non ha luogo l'istituzione di erede ».

(4) Per tal guisa, il testamento nuncupativo non iscritto fu abolito dall'art. 1 di quest'ordinanza.

sola derogazione importante che esso abbia apportata a questi principii è quella che trovasi consacrata dall'art. 932. Quanto alle differenti forme di testare ammesse dal Codice civile, esse sono state tolte a prestito tanto dal diritto scritto quanto dal diritto consuetudinario (1). Le disposizioni riguardanti le solennità peculiari a' diversi testamenti sono state principalmente attinte dall'ordinanza francese del 1735.

570. Delle differenti specie di disposizioni a titolo gratuito.

Non si può, in generale, disporre a titolo gratuito, sia di tutto o di parte del proprio patrimonio, sia di oggetti individuali che ne dipendano, se non per mezzo di una donazione tra vivi o di un testamento. In altri termini, una disposizione a titolo gratuito non è valida, qualunque ne sia l'oggetto, se non in quanto sia fatta con le solennità estrinseche e con le condizioni intrinseche prescritte per le donazioni tra vivi o pei testamenti. Art. 813. Così, la legge non riconosce più la donazione a causa di morte, nel senso che altra volta si attribuiva a questa parola, vale a dire, come formante un genere di disporre a titolo gratuito, distinto dalla donazione tra vivi e dal testamento (2).

Questo principio nondimeno va

(1) Il testamento mistico è stato tolto a prestito dal dritto scritto; il testamento olografo e il testamento per atto pubblico lo sono stati dal dritto consuetudinario.

(2) L'art. 3 dell'ordinanza del 1731 conteneva sulle donazioni a causa di morte una disposizione così concepita: « Ogni donazione a causa di morte, ad eccezione di quelle che si faranno per contratto di matrimonio, non potrà d'ora innanzi avere alcun effetto, neppure nei paesi in cui essa è espressamente autorizzata dalle leggi o dalle consuetudini, se non quando sarà stata fatta nella stessa forma dei testamenti o dei codicilli; in guisa che non vi saranno per l'avvenire che *due forme* di disporre dei proprii beni, di cui l'una sarà quella delle donazioni tra vivi, e l'altra quella dei testamenti o dei codicilli ». Questa disposizione non aveva evidentemente altro scopo che quello di regolare la forma delle donazioni a causa di morte, le quali essa lasciava sussistere con tutti gli effetti che altra volta vi erano annessi. Ravvicinando i termini di questa disposizione a quelli dell'art. 813 del Codice civile, è forza riconoscere che i compilatori di questo Codice sono andati più lungi che il legislatore nel 1731. Essi han voluto non solo che non vi fossero più di due forme di disporre, ma altresì che non esistessero più di due generi di disposizioni. Ciò risulta dal silenzio che serba l'art. 813, per quanto concerne le donazioni a causa di morte, e dalla circostanza che la distinzione cui esso stabilisce, versa, non già sulle forme di disporre, ma bensì sulle disposizioni stesse. L'art. 632 del Codice civile somministra inoltre un forte argomento in favore della nostra opinione, la quale è ancor quella che Jaubert ha emessa nel suo rapporto al tribunato. Locré, *Leg.*, t. X, n. 4. Vedi in questo senso: Grenier, *Osservazioni preliminari*, n. 13; Duranton, VIII 6 e seguenti; Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, V, 185, n. 5. Vedi in senso

soggetto alle seguenti modificazioni:

1. Le disposizioni a titolo gratuito fatte per contratto di matrimonio sono dispensate dall'osservanza di alcune delle solennità o delle condizioni richieste, in generale, per la validità delle donazioni tra vivi. Confr. artic. 1042 ed 871. Da un altro canto, siccome queste disposizioni, benchè fatte tra vivi, possono avere per oggetto tutto o parte del patrimonio che il donante lascerà alla sua morte, così esse presentano un carattere misto, in quantochè partecipano ad un tempo stesso e della donazione tra vivi e del testamento. Confr. articolo 1038, 1040 e 1049.

2. Le donazioni, fatte tra coniugi durante il matrimonio, offrono, a cagione della loro rivocabilità, qualche analogia con l'antica donazione a causa di morte (1). Art. 1050.

Queste diverse modificazioni del principio stabilito nel cominciamento del paragrafo saranno più ampiamente spiegate qui appresso, nel capo II.

Del resto, l' intervento del legatario in un testamento per accettare il legato fatto a suo favore, e la tradizione che il testatore gli facesse degli oggetti legati, non trarrebbero seco la nullità della disposizione (2). Ma pure questa disposizione non potrebbe valere come legato, senza che fosse permesso di applicarle i principii che regolavano altra volta la donazione a causa di morte (3).

contrario: Merlin, *Quist.*, v. Donazione, § 6, n. 4; Toullier, V, 311, 352; Delvincourt, II, 254; Favard, *Rep.*, v. Dono manuale, n. 4.

(1) Ma, malgrado la loro rivocabilità, esse sono valide, allorchè sieno fatte nella forma delle donazioni tra vivi. Art. 871, comb. 1050 e 1051. Civ. cass., 22 luglio 1807, Sir., VII, 1, 361.

L' atto con cui il padre doni ad uno de' suoi figli alcuni oggetti determinati da prenderli con precapienza ed oltre la sua porzione in tempo della morte di lui, nel caso solamente di sopravvivenza di questo figlio, e di cui egli si riserbi espressamente di poter sempre disporre liberamente, costituisce una disposizione di ultima volontà o a causa di morte, sottoposta come tale alle formalità richieste per gli atti di simile natura.

La circostanza che il figlio fosse intervenuto nell'atto, ad oggetto di accettare le disposizioni ivi fatte a suo favore, non può cangiarne la natura ed i caratteri. Brusselles, 20 febbraio 1832. G. di Br. 1832, 1, 99.

(2) Questo sarebbe il caso di dire: *Utile per inutile non vitiatur*. Perciocchè, secondo la nostra maniera di vedere, la disposizione rimane, malgrado queste circostanze, puramente unilaterale, e non degenera in convenzione. Confr. nota seguente; Grenier, *Osservazioni preliminari*, n. 13, Duranton, VII, 11; Dalloz, *op. e v. cit.* n. 6.

(3) Così una somigliante disposizione non potrebbe giammai, come l'antica donazione a causa di morte, trarre seco una trasmissione, anche rivocabile, della proprietà dell'oggetto legato, e il legatario non sarebbe in alcun modo ligato dalla sua accettazione. Questo è ciò a cui Merlin e Toullier sembra non abbiano fatto attenzione, quando hanno sostenuto che appunto per-

571. Della scelta fra le disposizioni tra vivi e le disposizioni testamentarie.

Colui che voglia disporre dei suoi beni a titolo gratuito è in libertà di adottare, a sua scelta, la forma delle donazioni tra vivi o quella dei testamenti, secondochè l'una o l'altra di tali forme risponda meglio alle sue vedute, vale a dire, secondochè egli abbia l'intenzione di fare o una disposizione irrevocabile, o una disposizione che rimanga rivocabile a suo piacimento.

CAPO PRIMO

DELLE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO SECONDO IL DIRITTO COMUNE.

572 *Nozioni generali sulla donazione tra vivi.* 573 *Nozioni generali sul testamento.* 574 *Della capacità di disporre per donazione tra vivi o per testamento.* 575 *Della capacità di ricevere per donazione tra vivi o per testamento.* 576 *Dell'epoche alle quali deesi avere riguardo per la capacità di disporre e di ricevere con donazione tra vivi o con testamento.*

572. 1. Nozioni generáli sulla donazione tra vivi.

La donazione tra vivi è un contratto (1) solenne, col quale una delle parti (il donante) si spoglia a titolo gratuito (2), attualmente

chè una disposizione di tal natura non è colpita di nullità, essa dovrebbe valere, non solamente come legato, ma come donazione a causa di morte. Siffatta conseguenza sarebbe evidentemente inesatta nel caso in cui si volessero attribuire a quella che chiamasi donazione a causa di morte, effetti diversi che ai legati; e nell' ipotesi contraria, la discussione è senza oggetto. Noi aggiungeremo, che la specie di convenzione la quale, secondo l'opinione di questi autori, risulterebbe dall' accettazione del legatario e dalla consegna degli oggetti legati, sarebbe nulla, sia perchè contraria alla massima: « Non si può donare e ritenere »; sia perchè formante un patto sopra una successione futura.

(1) Il progetto del Codice civile aveva definito la donazione: *un contratto col quale,* ecc. Nel tempo della discussione presso il consiglio di Stato, fu sostituita alla parola *contratto* quella di *atto*, deferendosi alla osservazione fatta dal primo console, che il contratto imponendo obbligazioni scambievoli a due contraenti, questa espressione non poteva perciò convenire alla donazione. Confr. Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 3. Ma siffatta osservazione era evidentemente inesatta, non solo in quanto alle donazioni onerose che il Codice considera come vere donazioni, ma eziandio in ordine alle donazioni meramente gratuite. Queste ultime di fatti rientrano nella classe de' contratti unilaterali. Quindi è stato costantemente riconosciuto nel prosieguo della discussione presso il consiglio di Stato, che la donazione fosse un vero contratto. Confr. Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 23; Grenier, I, 76; Toullier, V, 4; Duranton, 13, e seg.

(2) Abbiamo creduto di dover e-

ed irrevocabilmente, della proprietà di determinate cose che a lui si appartengono, in favore dell'altra parte (il donatario), la quale accetta la disposizione (1) fatta a suo vantaggio. Art. 814. L'analisi di questa definizione mena alle proposizioni seguenti:

1. La donazione tra vivi è un contratto. Ed in vero essa esige, come ogni contratto in generale, il concorso del consenso reciproco delle parti, e non diviene perfetta che coll'accettazione del donatario. Art. 856. Nondimeno, il donatario rimane, malgrado la sua accettazione, nella libertà di rinunziare in ciascun istante alla donazione; eccetto se essa sia stata fatta sotto determinati pesi all'adempimento de' quali egli siasi specialmente obbligato. Da un altro canto, le donazioni tra vivi sono, sotto varii rapporti, regolate da principii particolari che sono comuni ad esse ed ai testamenti.

2. La donazione tra vivi è un contratto solenne. Ogni donazione, che non sia fatta nelle forme prescritte dalla legge, è in generale, colpita di nullità. Artic. 855. Una donazione puramente verbale dovrebbe anzi essere considerata come non avvenuta (2).

3. La donazione tra vivi non può avere per oggetto che i beni presenti del donante, vale a dire, i beni che egli possegga nel momento del contratto, e non già quelli che egli acquisterà in appresso, o che lascerà nel tempo della sua morte.

4. Bisogna che il donante si spogli e si spossessi attualmente della proprietà delle cose donate. Se la donazione fosse stata fatta sotto l'espressa condizione che la proprietà delle cose donate non si trasferirebbe al donatario se non in quanto il donante non ne avesse disposto prima della sua morte, ovvero con riserve le quali avessero lo stesso effetto di una somigliante condizione, la donazione dovrebbe essere considerata come non avvenuta Art. 870. Ma nulla impedisce che l'esecuzione della donazione, o, in altri termini, che la tradizione delle cose donate sia rimandata fino a dopo la morte del donante.

5. È d'uopo che la donazione sia irrevocabile. Nondimeno, essa può essere subordinata ad una

nunciare esplicitamente questo carattere che l'art. 814 indica soltanto in un modo implicito colle espressioni: « si spoglia in favore ». La donazione può, egli è vero, esser fatta sotto condizioni onerose; e però non diciamo: *a titolo puramente gratuito*. Ma, se i pesi formassero l'equivalente dell'oggetto donato, non vi sarebbe più donazione. Confr. art. 813.

(1) La definizione contenuta nell'art. 814 presta luogo ad un equivoco, in quantochè essa richiede la accettazione della cosa donata: il che potrebbe indurre in errore, facendo supporre che la tradizione sia necessaria al perfezionamento della donazione. La compilazione che noi abbiamo adottata per evitare quest'equivoco, è conforme all'articolo 856.

(2) Vedi ancora: art. 1293.

condizione sospensiva o risolutiva, purchè l' adempimento della condizione non dipenda dalla sola volontà del donante. Nell' ipotesi contraria, la donazione è nulla (1). Art. 868.

6. La donazione tra vivi è gratuita di sua natura, ed appartiene per conseguenza alla classe dei contratti di beneficenza. Non per tanto, essa può esser fatta sotto determinati pesi, purchè questi pesi non sieno tali che lascino al donante il potere di neutralizzare direttamente o indirettamente gli effetti della disposizione. Art. 869. Allorchè la donazione abbia luogo mediante determinati pesi imposti al donatario, essa presenta un carattere misto, e partecipa ad un tempo stesso e dei contratti di beneficenza e dei contratti a titolo oneroso.

573 2. Nozioni generali sul testamento.

Il testamento è una dichiarazione di ultima volontà, e sempre rivocabile, contenuta in un atto istrumentario rivestito di date solennità, con la quale una persona (il testatore) dispone, per lo tempo in cui non vivrà più, a favore di una o di più altre persone (legatari), sia della totalità o di una parte aliquota dei suoi beni, sia di cose determinate, ovvero impone, nel suo proprio interesse, determinati pesi a' suoi eredi. Art. 815.

Da questa definizione discendono le proposizioni seguenti:

1. Ogni testamento dee contenere una dichiarazione di volontà dal canto del testatore. Le parti di un testamento che fossero assolutamente non intelligibili dovrebbero esser considerate come non iscritte. Ma non deesi rinunziare di trovare un senso ragionevole nelle parole del testatore, se non dopo di aver esaurite tutte le leggi dell' interpetrazione.

2. Il testamento è un atto solenne. Così, una disposizione testamentaria è nulla, quando non sia fatta nelle forme prescritte dalla legge. Un legato puramente verbale dovrebbe anzi esser riguardato come un fatto. Sarebbe lo stesso, quantunque gli eredi presuntivi del testatore si fossero, lui vivente, obbligati di eseguire la disposizione (2). Così ancora, un atto col quale una

(1) Tale si è il senso della massima: « Non si può donare e ritenere », le cui conseguenze saranno più ampiamente sviluppate.

(2) Così, non si potrebbe deferire agli eredi il giuramento sulla quistione di sapersi se eglino abbiano assunto l' obbligo di adempiere le ultime volontà manifestate verbalmente dal loro autore, anche quando si pretendesse che per mezzo di un tale obbligo essi abbiano distolto quest' ultimo dal pensiero di fare un testamento regolare. Merlin, *Quist.*, v. Sostituzione fedecommessaria. Civ. cass., 11 giugno 1810, Sir., XI, 1, 160. Civ. cass., 18 gennaio 1813, Sir., XIII, 1, 104.

Allorchè un testatore, *in extremis*, comunichi ai suoi successibili le sue disposizioni di ultima volontà riguardo ad essi, redatte in iscritto, e delle quali essi promettano la piena esecuzione perchè manchi il

persona si riportasse, per le sue ultime volontà, sia ad una dichiarazione verbale, sia ad una scritta non rivestita delle formalità testamentarie, non varrebbe come testamento.

Questa regola non impedisce, che in caso di perdita del testamento per effetto di un avvenimento, rimasto sconosciuto al testatore, o in caso della sua soppressione fatta da un individuo diverso da lui, le persone, a vantaggio delle quali siffatto testamento conteneva delle disposizioni, possano reclamarne l'esecuzione, o, essendone il caso, i danni ed interessi, provando, da un canto, il fatto della soppressione del testamento o della sua perdita per effetto di un accidente di forza maggiore; e, dall'altro canto, la regolarità del testamento e il suo contenuto (1). La prova di questi diversi fatti è suscettiva di essere stabilita per mezzo di testimoni, anche in mancanza di ogni principio di prova per iscritto (2). Allorchè la dimanda di esecuzione di un testamento soppresso dopo la morte del testatore, o di danni ed interessi a cagione della sua soppressione, sia diretta contro l'autore stesso di questo fatto, costui non può difendersi, allegando, che agendo in tal guisa, egli non abbia fatto che adempiere un mandato verbale del testatore (3).

Questa regola non è neppure di ostacolo che le persone, a vantaggio delle quali un moriente avesse manifestata la intenzione di

tempo di consegnarle in un atto pubblico, può risultar da una tale promessa, soprattutto se essa sia stata adempita, un fine di non ricevere contro la dimanda di divisione della successione *ab intestato*, e contro la dimanda di nullità di tali disposizioni.

Questa stipulazione non racchiude un patto successorio vietato dalla legge.—Brusselles, 28 luglio 1817, *Giur., di B.*, 1817, 2, 66; Dalloz, X, 260).

(1) Non basterebbe, in generale, per poter chiedere l'esecuzione di un testamento soppresso o perduto per accidente, il provare il fatto della soppressione o della perdita: bisogna dippiù provare che l'atto in sè riuniva tutte le formalità richieste per la validità dei testamenti. Delvincourt, sugli artic. 815 e 990. Toullier, V, 656 e seg. e IX, 217. Duranton, 9, 48. Civ. cass. 16 febbraio 1807, Sir., VII, 1, 97. Nondimeno, sembra che l'attore debba esser dispensato dal provare la regolarità del testamento, quando la domanda sia fondata sulla soppressione di quest'atto, e sia diretta contro l'autore stesso di tale soppressione. Toullier, *luogo cit.* Poitiers, 22 gennaio 1811, Sir., XI, 2, 153. Ric. rig., 24 giugno 1828, Sirey, XXVIII, 1, 434. Confr. Ric. rig., 27 febbraio 1827, Sir., XXVII, 1, 228.

(Se un testatore sia stato impedito di apportare delle modificazioni ad un primo testamento da colui che vi era istituito, la pruova di questo fatto è ammessibile. Quale mai debb'esserne la conseguenza? Brusselles, 5 marzo 1829, *Giur. del XIX secolo*, 1829, 3, 112; Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. IV, § 2).

(2) Arg. art. 1032, n. 4 Toullier, *luogo cit.*

(3) Toullier, V, 667.

disporre per testamento, esercitino un'azione di danni ed interessi contro coloro, che con violenza, con minacce o con dolo, avessero impedito a quest'ultimo di fare il suo testamento. Nondimeno, una simile azione non dovrebbe essere accolta se non in quanto i fatti allegati fossero gravi e precisi. La semplice promessa, fatta ad un moriente dai suoi eredi presuntivi, di adempiere, come se fossero scritte le ultime volontà che egli avesse verbalmente manifestate, non basterebbe per autorizzare una dimanda di tal natura (1).

3. Il testamento è un atto col quale il testatore dispone, per lo tempo in cui non vivrà più, di tutto o di parte del patrimonio che egli lascerà alla sua morte. Un atto istrumentario, benchè rivestito delle formalità prescritte per lo testamento, non può valer come tale, se non in quanto la natura stessa delle disposizioni che esso contenga, ovvero i termini onde sia concepito, indichino chiaramente, da parte del suo autore, l'intenzione di disporre a causa di morte (2). Ma un atto, il quale d'altronde in sè riunisca le condizioni richieste dalla legge, costituisce un vero testamento, sia che esso racchiuda un'istituzione di erede, vale a dire, una disposizione sull'universalità del patrimonio lasciato dal testatore, sia che contenga solamente dei legati, vale a dire, delle disposizioni aventi per oggetto soltanto una parte aliquota di questo patrimonio, ovvero cose individuali che ne dipendano. E siccome la legge prescrive le stesse forme per gli atti i quali contengano dei legati che per quelli i quali contengano un'istituzione di erede, così è indifferente che il testatore abbia qualificato testamento o codicillo l'atto che racchiude le sue ultime volontà, e che egli abbia dichiarato di disporre a titolo d'istituzione di erede, a titolo di legato, o sotto ogni altra denominazione propria a manifestare la sua volontà (3). Art. 892 e 928.

Del rimanente, un atto di ul-

(1) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. IV, Toullier, V, 666. Grenier, I, 147. Torino 13 aprile 1808, Sir., IX, 2, 77. Confr. Pau, 10 luglio 1828, Sir., XXIX, 2, 163.

(2) Grenier, I, 224. Toullier, V, 356 e 379. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 4, art. 3. Ric. rig., 6 termidoro anno XIII, Sir., VI, 1, 30. Civ. rig., 5 febbraio 1823, Sir., XXIII, 1, 227. Aix, 25 agosto 1825, Sir., XXVI, 2, 193. Orléans, 24 febbraio 1831, Sir., XXXI, 2, 188. Grenoble, 18 luglio 1838, Sir., XXXIX, 137. Vedi però: Civ., cass., 21 maggio 1833, Sir., XXXIII, 1, 523.

(3) Bordeaux, 11 giugno 1828, Sir., XXIX, 2, 23.

(Un atto qualificato affitto dal suo autore, e rivestito della sola firma del locatore, è valido come testamento, ed aver dee la sua esecuzione, se esso in sè riunisca tutte le formalità che la legge prescrive per gli atti di ultima volontà, e se risulti dalle circostanze che il locatore abbia avuta l'intenzione di gratificare, con questo mezzo il conduttore, per una epoca in cui egli stesso non più esisterebbe. Liege, 9 giugno 1838, *Giur. di B.* 1838, 458).

tima volontà può valere come testamento, sebbene altro non racchiuda che disposizioni relative alla sepoltura del suo autore, o sebbene costui non abbia disposto di tutto il suo patrimonio ovvero di parte di esso, che in un modo implicito o indiretto, a cagion d'esempio, per via di esclusione di qualcuno dei suoi eredi legittimi (1).

Le disposizioni contenute in un testamento non formano, di lor natura, un tutto indivisibile. Così, allorchè il testamento racchiuda più legati, la validità di ciascun legato è indipendente da quella degli altri, eccetto se il testatore abbia manifestata una intenzione contraria.

4. Le disposizioni testamentarie sono essenzialmente rivocabili fino alla morte del testatore, e non conferiscono, prima di quest'epoca, alcuna specie di dritti alle persone in favore delle quali sieno fatte. Ogni clausola con cui il testatore rinunziasse di rivocare o di modificare il suo testamento, sarebbe riputata non apposta (2).

574. Della capacità di disporre per donazione tra vivi o per testamento.—II. Della capacità di disporre di ricevere per donazione tra vivi o per testamento.

1. Per disporre a titolo gratuito è mestieri essere moralmente e fisicamente capace di avere una volontà e di manifestarla. Così, sono incapaci di fare una donazione o un testamento tutti coloro i quali non sieno sani di mente, vale a dire, coloro i quali si trovino in uno stato abituale di furore, di demenza o di imbecillità (3), e coloro i quali, per una causa qualunque, come per esempio, per effetto di ubbriachezza o di malattia, sieno momentaneamente privi dell'uso delle loro facoltà morali (4). Art. 817.

Gli atti di disposizione fatti da

(1) Ric. rig., 7 giugno 1832, Sir., XXXII, 1, 542. Confr altresì: Parigi, 12 aprile 1833, Sir., XXXIII, 2, 306.

(2) Arg. artic. 1084. La rinunzia fatta, durante la vita del testatore, alla facoltà di impugnare il suo testamento, dovrebbesi del pari riguardare come non avvenuta. Artic. 1084.

(3) Coloro i quali impugnino una donazione o un testamento, come fatti da una persona che non era sana di mente, non sono obbligati di provare che l'autore della disposizione fosse stato, nel momento stesso in cui l'abbia fatta privo dell'uso delle sue facoltà morali; è bastevole che provino che egli trovavasi prima, durante, e dopo l'epoca corrispondente alla formazione della donazione o del testamento, in uno stato abituale di demenza. Se i convenuti coll'azione di nullità pretendano che la disposizione sia stata fatta in un lucido intervallo, spetta ad essi il giustificare siffatta allegazione. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. I, § 1. Caen, 20 novembre 1826, Sir., XXVII, 2, 197. Ric. rig., 26 marzo 1838, Sirey, XXXVIII, 1, 633. Confr. Ric. rig., 26 luglio 1842, Sir., XLII, 1, 937.

(4) Furgole, cap. IV, sez., II, n. 210, Caen, 9 gennaio 1824, Sirey, XXIV, 2, 265.— La circostanza che l'autore di una disposizione a titolo gratuito avesse, poco tempo innan-

una persona che trovavasi in uno stato abituale di furore, di demenza o d' imbecillità, possono essere impugnati dai suoi eredi, non solamente quando la sua interdizione sia stata pronunziata o provocata vivente lui, ma ancora nell' ipotesi contraria (1). Havvi nondimeno tra queste due ipotesi la seguente differenza, cioè, che, nella prima, gli atti di cui si tratta sono nulli di pieno dritto (2), vale a dire, senza che il convenuto coll' azione di nullità

zi la formazione dell'atto di disposizione, tentato di darsi la morte, o che fosse divenuto suicida poco tempo dopo, non basterebbe di per sè sola per dar motivo all'annullamento di tale disposizione. Vazeille, sull'art. 817, n. 2. Caen, 3 febbraio 1826, ed Orléans, 25 febbraio 1829, Sir., XXIX, 2, 265 e 338. Ric. rig., 11 novembre 1829, Sir., XXX, 1, 36.—*Quid* della monomania? Vedi: Bordeaux, 14 aprile 1836, Sirey, XXXVI, 2, 409.

(1) *Discussione presso il consiglio di Stato ed osservazioni del tribunato* (Locré, *Legisl.*, tomo XI, numero 21, e numero 84). Oltre le autorità citate altrove, vedi ancora Vazeille sull'art. 817. n. 1.

(2) Toullier, V, 57. Grenier, I, 104. Merlin (*Rep.* Interdizione § 6, n. 1, e Testamento, sez. I, § 1, art. 1, n. 6), insegna per contrario, come noi l'abbiamo indicato altrove, che il testamento fatto da un interdetto non sia nullo di pieno dritto. Egli fondasi in quanto a ciò sul seguente ragionamento: La capacità in materia di testamenti è esclusivamente regolata dall'artic. 817; e non potrebbesi dichiarar nullo di pieno dritto il testamento fatto da un interdetto in un lucido intervallo, senza aggiungere alla disposizione di quest'articolo un'eccezione la quale non vi si trova punto, e che tutto al più non si potrebbe attingere se non che dall'art. 425. Or la nullità che quest'ultimo articolo pronunzia egualmente contro gli atti fatti, sia da un interdetto, sia da un individuo provveduto di un consulente giudiziario senza l'assistenza di tal consulente, non può estendersi al testamento del primo; perciocchè essa non s'applica, siccome è ciò ritenuto, al testamento del secondo. Questa argomentazione, la quale seduce a primo aspetto, ci sembra nondimeno, dopo maturo esame, più speciosa che solida. L'artic. 425 abbraccia per verità tanto gli atti fatti da un interdetto, quanto quelli i quali sieno stati fatti da un individuo sottoposto ad un consulente giudiziario. Ma, è cosa evidente che se la nullità pronunziata da quest' articolo dee, per quanto concerne gli atti fatti da una persona provveduta di un consulente giudiziario, essere limitata a quelli per la validità dei quali l'assistenza di questo consulente era richiesta, essa non dev' esser meno applicata in una maniera generale, vale a dire, fatta astrazione da ogni distinzione di questa specie, agli atti formati da un interdetto. Ammettere il contrario, sarebbe un cancellare, sotto il rapporto della capacità giuridica, ogni differenza tra l' interdetto e l' individuo sottoposto ad un consulente giudiziario; sarebbe un supporre, contrariamente a' principii più certi, che il primo sia capace di fare tutti gli atti, per la stipulazione de' quali il secondo non abbia bisogno dell'assistenza del suo consulente. Ciò che del resto non può lasciare alcun dubbio sulla generalità dei termini dell'artic. 425, per quanto riguarda gli atti fatti ad un interdetto, si è, che, giusta la sua primitiva compilazione, quest'ar-

possa respingerla ; offrendo di provare che l'atto impugnato sia stato fatto in un lucido intervallo, mentre, nella seconda ipotesi, questa pruova è ammessibile.

La circostanza che un individuo sia stato semplicemente provveduto di un consulente giudiziario non impedisce agli eredi lo attaccare, come procedute da una persona che non era sana di mente, le disposizioni gratuite che egli avesse per avventura fatte. Poco importa , riguardo a ciò , che la dazione del consulente abbia avuto luogo su di una dimanda diretta e principale formata a quest'effetto, ovvero di ufficio, in conseguenza dal rigettamento di una dimanda d'interdizione (1).

Il dritto antico permetteva di impugnare , sotto colore di demenza, le disposizioni di ultima volontà ispirate al testatore da un odio violento ed ingiusto contro i suoi prossimi parenti (*testamentum ab irato conditum*). Ma, siccome il Codice civile ha serbato silenzio su questa punto, ed un odio anche cieco non potrebbe essere assimilato ad uno stato di privazione o di offuscazione delle facoltà morali, così questa causa di nullità non dev' essere più ammessa (2).

La prova che l'autore di una

ticolo diceva semplicemente: « Tutti gli atti fatti dall' interdetto , posteriormente all'interdizione, saranno nulli di pieno dritto »; e che la disposizione relativa alla nullità degli atti fatti da una persona provveduta di consulente giudiziario senza l'assistenza di questo consulente nei casi in cui è richiesta , non vi è stata inserita che a dimanda del tribunato. Noi aggiungeremo che l'opinione di Merlin è in opposizione collo spirito dell'art. 817. Di fatti , i compilatori del Codice , nel compilare quest'articolo, mossero dalla idea che bisogna per disporre a titolo gratuito, una capacità più certa e più compiuta che per fare una convenzione a titolo oneroso; e che quindi la posizione degli eredi doveva essere più favorevole, allorchè essi impugnino un atto a titolo gratuito fatto dal loro autore in istato di demenza, che quando dimandino, nelle medesime circostanze, la nullità di un atto a titolo oneroso. Laonde , è generalmente ammesso che l' art. 817 deroghi in questo senso all'art. 427. E come mai per conseguenza concepire che si potesse opporre ad una dimanda di nullità diretta contro un testamento fatto da un interdetto , vale a dire , da un individuo il cui stato abituale di demenza trovisi giudiziariamente provato, un mezzo di difesa che la legge dichiara inammessibile quando l'atto arguito di nullità sia una convenzione a titolo oneroso?

(1) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. I, § 1, art. 1 , n. 3 ; Favard , *Rep.*, v. Donazione tra vivi, sez. I, § 3, n. 4. Duranton, VIII, 136. Ric. rig., 17 marzo 1813, Sir., XIII , 1 , 393. Civ. cass. 19 dicembre 1814 , Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, V, 222.

(2) *Esposizione dei motivi* , di Bigot-Preameneau (Locrè , *Legisl.* , tomo XI, num. 10. Delvincourt, sull'art. 817. Grenier, I, 146. Toullier, V, 711 e seguenti. Merlin, *Rep.*, v. *Ab irato*. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie , V. 225, numero 6. Aix, 18 gennaro 1808, Sir., XI , 2 , 461. Lione , 26 giugno 1816, Sir., XVII, 2, 133. Angers, 27 agosto 1824. Dalloz, *Giur. gen.*, v. *med.*

disposizione a titolo gratuito non era sano di mente può esser fatta per testimoni, indipendentemente da ogni principio di prova per iscritto. Questa prova sarebbe anche ammessibile senza iscrizione in falso, quantunque il notaio compilatore di un atto di donazione o di un testamento vi avesse enunciato che il disponente era perfettamente sano di mente (1). Per contrario, se in un atto di donazione o in un testamento fosse detto che il disponente abbia egli stesso dettate le sue disposizioni, che egli abbia intesa la lettura, e che abbia dichiarato di persistervi, niuno sarebbe ammesso a provare, senza iscrizione in falso, che il disponente fosse stato in delirio nel momento della compilazione dell'atto, ovvero che egli avesse avuto la lingua talmente ingrossata che non avesse potuto più articolare parole intelligibili (2).

Del rimanente, i tribunali sono sovrani estimatori della pertinenza, della gravezza e della verosimiglianza dei fatti allegati per istabilire che l'autore di una disposizione gratuita non fosse stato sano di mente; nè altrimenti che con una grande circospezione debbono ammettere la prova testimoniale di simili fatti, allorchè l'atto stesso non fornisca indizii in loro appoggio, e non siavi alcun principio di prova per iscritto (3).

I ciechi, i sordi, (4) i muti, ed anche i sordo-muti di nascita godono, malgrado le loro infermità, della facoltà di disporre a titolo gratuito; purchè essi sappiano e possano manifestare la

(1) Di fatti, questa enunciazione sarebbe l'espressione, non già di un fatto materiale relativo alla sostanza o alle solennità dell'atto, ma bensì di una semplice opinione del notaio, il quale non è giudice dello stato morale delle persone che ricorrano al suo ministero; impugnandola, non si attaccherebbe la fede dovuta all'atto. Grenier, I, 103.

(2) Somiglianti allegazioni sarebbero in opposizione diretta coi fatti materiali che sono relativi alla confezione ed alla solennità del testamento, e che il notaio compilatore ha qualità di stabilire. Civ. cass., 19 dic. 1810, Sir., XI, 1, 75. Ric. rig., 17 luglio 1817, Sir., XVIII, 1, 49.

(3) Duranton, VIII, 159. Conf. Ric. rig., 17 agosto 1824; Dalloz, *op. e c. cit.*, V, 219.

(4) Il sordo muto di nascita, il quale sappia scrivere, può fare un testamento olografo. Ma non basta, per la validità del testamento, che sia materialmente scritto per intero, datato e firmato di mano del testatore: deve costare inoltre che quest'ultimo sapeva scrivere, giusta il significato legale di questa parola, vale a dire, esprimere da sè stesso le sue idee in iscritto, senza soccorso di modello, o, per lo meno, che egli sapeva leggere e comprendere scritto altrui. Brusselles, 10 dicembre 1822, *Giur. gen. di B.*, 1822, 2, 329; *Pasicrisia belgica*; Dalloz, X, 274 e 277. — Un sordo muto di nascita può fare un testamento in forma mistica, se egli sappia leggere e scrivere, e se comprenda ciò che egli legga e ciò che egli scriva. Liegi, 22 febbraio 1826, *Giur. di B.*, 1827, 2, 377. Dalloz, X, 274, ed XI, 1, Duranton, VIII, n. 134. Merlin, *Rep.*, v. Sordo muto, n. 3. * Così presso i Francesi;

loro volontà nella forma prescritta pel modo di disposizione che intendono di adoperare. Così, per esempio, un sordo-muto, benchè non sappia nè leggere nè scrivere, può fare una donazione tra vivi, allorchè egli sia d'altronde capace di manifestare la sua volontà per mezzo di segni atti ad esprimerla in una maniera chiara e precisa (1). Così ancora un cieco può fare una donazione tra vivi o un testamento pubblico.

2. Ogni persona moralmente e fisicamente capace di avere una volontà e di manifestarla colla forma richiesta, gode, in generale, della facoltà di disporre dei suoi beni in favore di qualunque altra persona. Art. 818. Niuno può rinunziare a questa facoltà (2). Le disposizioni eccezionali della legge, che ne privano determinate persone in tutto o in parte, creano delle incapacità assolute o delle incapacità relative, secondochè esse proibiscano loro di disporre a vantaggio di chicchessia, ovvero interdicano loro soltanto di gratificare alcune persone specialmente designate.

Nel presente paragrafo tratteremo solamente delle incapacità assolute, e ci limiteremo, per quanto riguarda le incapacità relative, a rinviare al paragrafo seguente, dove tratteremo, delle incapacità di ricevere alle quali esse corrispondono. Le persone assolutamente incapaci di disporre a titolo gratuito sono (3):

1. I condannati all' ergastolo. Art. 16. LL. PP.

2. I minori. Nondimeno, il minore che abbia l'età di sedici anni compiuti (4) può disporre per

ma secondo noi, come appresso diremo più a lungo, il sordo il quale sappia parlare e leggere, benchè non sappia firmare, potrà testare per atto pubblico. V. Dec. 12 giug. 1842.

(1) In effetti, a differenza di ciò che ha luogo in materia di testamenti per atto pubblico, la legge non prescrive, riguardo alle donazioni tra vivi, alcun modo speciale per la manifestazione della volontà di donare. Per sostenere che il sordo-muto analfabeto sia incapace di fare una donazione nella forma ordinaria, bisognerebbe giugnere fino a dire, che egli sia, in generale, incapace di fare ogni atto giuridico la cui validità richieda l' intervento di un pubblico ufficiale, e soprattutto di contrarre matrimonio. Conf. pure, Cod. d'istruzione criminale art. 223 pr. pen. Vazeille, sull'art. 860, n. 7. Ric. rig., 30 gennaio 1844, Sir., XLIV, 1, 102. Vedi in senso contrario: Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. I, art. 1; Merlin, *Rep.*, *med.* v. n. 2; Ghillon, n. 197; Grenier, I, 283; Pouiol, sull'art. 860, n. 1; Coin-Delisle, sull'art. 860, n. 7; Liegi, 12 maggio 1809, Sirey, *Coll. nov.* Solon (*delle Nullità*, I, 54) insegna per fino che il sordomuto sia incapace di fare una donazione tra vivi, ancorchè sappia leggere e scrivere.

(2) Merlin, *Rep.* v. Rinunzia, § 1, n. 3. Civ. cass., 21 dicembre 1818, Merlin, *op. e luogo cit.*

(3) Vedi sulla condizione degli stranieri, riguardo alla facoltà di disporre a titolo gratuito.

(4) In tal guisa conviene intendere le espressioni dell'artic. 820: « Il minore pervenuto all'età di anni sedici ». La combinazione di queste espressioni con quelle dell' art. 819: « Il minore che abbia meno di sedici anni », non può lasciare

testamento della metà dei beni di cui la legge permette al maggiore di disporre (1). Artic. 819 ed 820. Da un altro canto, il minore capace di contrarre matrimonio può, coll' assistenza delle persone il cui consenso gli è necessario per la validità del suo matrimonio, fare per contratto di matrimonio tutte le disposizioni gratuite che un maggiore è autorizzato a fare in somigliante caso. Art. 1049.

Il minore emancipato, anche per matrimonio, è, in quanto concerne l'incapacità di disporre a titolo gratuito, posto nella stessa riga del minore non emancipato. Così, il minore maritato non può dopo l'età di sedici anni, disporre, neppure a vantaggio del suo coniuge, se non della metà dei beni che egli potrebbe donare se fosse maggiore (2). Ed inoltre nol può fare che per testamento (3).

3. Le donne maritate. Esse non possono, neppure dopo la separazione dei beni, fare alcuna donazione tra vivi, sia immobiliare, sia mobiliare, senza l' autorizzazione de' loro mariti o del giudice; ma elleno non hanno bisogno di autorizzazione onde disporre per testamento; e se facciano una donazione ad alcuni de' figli comuni o procreati da lei con altro antecedente matrimonio. Artic. 206, 215 ed 821. L'autorizzazione data dal giudice ad una donna maritata, di fare una donazione tra vivi, non può, in generale, pregiudicare i diritti del marito. La facoltà di cui godono le donne maritate di disporre per testamento non importa quella di fare un' istituzione contrattuale (4).

4. Gl' individui provveduti di un consulente giudiziario per causa di debolezza di mente o di prodigalità. Essi non possono, neppure per contratto di matrimonio, disporre tra vivi a pro

alcun dubbio a tal riguardo. Questa interpetrazione è d'altronde conforme al principio generale indicato altrove: Delvincourt, II, 189. Duranton, VIII, 186.

(1) (Allorchè il minore, pervenuto all' età di sedici anni, disponga per testamento della quota disponibile, e muoia dopo di esser giunto alla sua maggior età, questo testamento deve valere, non pel tutto, ma soltanto per la metà, conformemente all'art.820 del Codice civile). Brusselles, 27 luglio 1827, *Giur. di B.* 1828, 1, 329. *Giur. del XIX secolo*, 1827, 1, 176; Dalloz, IX, 297. Brusselles, cass. 3 febbraio 1829, *Giur. di B.* 1829, 1, 24.

(2) Il motivo sul quale è fondata la disposizione eccezionale dell'art. 1048 non esistendo più, allorchè il matrimonio sia contratto, i coniugi minori rimangono naturalmente sotto l' impero della regola generale stabilita dall'art. 820. Delvincourt, sull'art. 819. Grenier, II, 461. Parigi, 11 dicembre 1812, Sir., XIII, 2, 52. Limoges, 15 gennaio 1822, Sir., XXII, 2, 196.

(3) Non possono assimilarsi, sotto questo rapporto, le donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, alle disposizioni testamentarie.

(4) Evidentemente a torto Grenier (II, 431), estende alle istituzioni contrattuali l' eccezione che gli artic. 215 ed 821 stabiliscono pel testamenti alla regola generale della necessità dell' autorizzazione maritale.



dei loro futuri coniugi, senza l'assistenza del lor consulente. Ma non hanno bisogno di questa assistenza onde disporre per testamento (1). Nondimeno, il testamento fatto da un individuo provveduto di un consulente giudiziario per causa di debolezza di mente, è, secondo le circostanze, suscettivo di essere annullato, come proceduto da una persona che non era sana di mente.

5. Gl' individui che si trovino nello stato d' interdizione legale per effetto di condanna ad una pena afflittiva. Questi individui sono, pendente la durata della interdizione, incapaci di disporre per donazione tra vivi; ma essi possono validamente testare (2).

6. I condannati in contumacia sono, mentre dura la contumacia, incapaci di disporre per donazione tra vivi: ma essi godono della facoltà di testare (3). Nondimeno, va ben inteso che il testamento fatto, nello stato di contumacia, da un individuo condannato ad una pena che porti la privazione dei diritti civili, non produrrebbe alcun effetto se quest' individuo non morisse che dopo di esservi definitamente incorso; art. 30 e 31 (4).

575. Della capacità di ricevere per donazione tra vivi e per testamento.

(1) Guilhon, I, 93. Grenier, I, 107. Duranton, VIII, 169. Proudhon, *delle Persone II*, 340. Vazeille, sull'art. 817, n. 8. Pouiol, sull'art. 817, n. 8. Vedi in senso contrario: Chardhon, *del Dolo e della frode* I,162.

(2) Confr. Codice penale, art. 15, 17. Chauveau e Faustin Helie, *Teoria del Codice penale*, I, 103. Merlin, *Quest.*, v. Testamento, § 3. Rouen, 28 dicembre 1822, Sirey, XXIII, 2. 279. Nimes, 16 giug.1835, Sir., XXXV. 2, 485. Nondimeno, Duranton (VIII, 181) e Carnot (*Commentario sul Codice penale*, artic. 29, n. 5) insegnano che il testamento fatto pendente la durata dell' interdizione legale sia nullo.

(3) Questa seconda proposizione è contraddetta da Duranton (VIII, 175 a 178), il quale invoca, per combatterla, il testo degli artic. 31 del Codice civile, e 465 del Codice di istruzione criminale. Ma la sua opinione ci sembra contraria allo spirito di questi articoli, il cui scopo si è quello di mettere il condannato in contumacia nell' impossibilità di procurarsi delle risorse che gli permettano di prolungare indefinitamente il suo stato di ribellione alla legge. Or è evidente che il condannato contumace non può, per mezzo di disposizioni testamentarie, eludere lo scopo che la legge si ha proposto di raggiungere. D'altronde, vuolsi notare che interdicendosi al condannato in contumacia la facoltà di fare un testamento, priverebbesi costui non solo dell' esercizio, ma ancora del godimento del diritto di testare; perciocchè nessuno potrebbe esercitarlo in suo nome.

(4) Se per contrario l' individuo, condannato in contumacia ad una pena che porti seco la morte civile, ottenesse la grazia, se egli morisse o si presentasse prima dello spirare del termine di grazia, il testamento che egli avesse fatto nello stato di contumacia sarebbe così valido come il testamento fatto da un contumace condannato ad una pena la quale non portasse con sè la morte civile.

Non è necessario di esser nato onde poter ricevere per donazione tra vivi o per testamento. Basta l'essere conceputo nel momento della formazione dell'atto che racchiuda la dichiarazione di donazione (1), o nell'epoca della morte del testatore.

(1) In tal guisa, a parer nostro, bisogna intendere le parole: « nel momento della donazione », di cui si serve l'artic. 822. Per contrario, Duranton (VIII, 223), Demante (*Themis*, VII, 371, e seg.), Grenier (I, 138) e Poujol (sull'art. 822, n. 3), insegnano che con queste espressioni i compilatori del Codice abbiano inteso d' indicare l'epoca dell'accettazione della donazione. Essi fondano la loro opinione sul riflesso che la dichiarazione di voler donare non essendo che un semplice progetto, fino a che non sia stata regolarmente accettata, non si possa qualificare donazione l' atto che racchiude una somigliante dichiarazione. Ma, siffatta interpetrazione, oltre che forza il senso naturale ed usuale della parola *donazione* (confr. art.856 ad 862),essa muove da una supposizione che ci sembra erronea. La dichiarazione di voler donare è più che un semplice progetto, allorchè sia stata fatta nella forma legale: essa è un'offerta di spogliarsi attualmente in favore del donatario; e tale offerta produce in quest'ultimo la facoltà di rendere irrevocabile la liberalità, accettandola. Essa lega per conseguente il donante, almeno in questo senso, che s'ei voglia paralizzare l'effetto dell'accettazione, è tenuto a rivocare la sua dichiarazione. Or come mai concepire una offerta di spogliarsi attualmente a vantaggio di un individuo che non sia neppur concepito? Secondo noi, una simile offerta dev'essere considerata come inesistente, e non può per conseguenza divenire efficace mercè l' avvenimento del concepimento dell' individuo in favore del quale sia stata fatta. Indarno si argomenta dalla disposizione del secondo comma dell'art. 822, per dire, che allo stesso modo onde un individuo non ancora concepito nel momento della formazione di un testamento può non per tanto essere istituito legatario, così pure niente impedisca che una dichiarazione di voler donare tra vivi sia fatta a vantaggio di un individuo non ancora concepito, e che la mancanza di rivocazione di tale dichiarazione debba produrre lo stesso effetto della mancanza di rivocazione di un legato. In effetti, non vi è a fare nessun ravvicinamento, sotto questo rapporto, tra un testamento ed una donazione tra vivi. In un atto di ultima volontà, il testatore porta il suo pensiero sull'avvenire: egli dispone per lo tempo in cui non esisterà più. Per contrario, nella donazione tra vivi, il disponente si occupa del presente, e dichiara di volersi spogliare attualmente. Laonde, che si consideri come valido un legato fatto ad un individuo conceputo prima della morte del testatore, quantunque nol fosse stato ancora nel momento della formazione del testamento, ciò si comprende; tanto più che gli atti di ultima volontà debbono interpetrarsi favorevolmente, e che si può, senza porsi in opposizione colla natura del testamento, ammettere che questo legato sia stato fatto sotto la condizione tacita: *Si quis conciperetur tempore mortis testatoris*. Ma non si potrebbe, senza sconoscere il carattere essenziale della donazione tra vivi, ammettere una supposizione analoga in un atto di questa natura. Coin-Delisle, sull'art. 822, n. 1 e 2, sull'art. 856, n. 9.

Basterebbe ancora l'esser conceputo nel momento della condizione, se si trattasse di un legato condizionale (1). Nulladimeno, una disposizione gratuita fatta a vantaggio di un fanciullo semplicemente conceputo, non avrà effetto se non in quanto questo fanciullo sarà nato vivente e vitale. Art. 822 (2).

Una disposizione tra vivi o testamentaria in favore di un fanciullo che non si fosse trovato ancor conceputo nell'una o nell' altra delle epoche indicate di sopra, è a considerarsi come non avvenuta. Se si trattasse di una donazione tra vivi, l'accettazione che ne fosse stata fatta, anche dopo il concepimento del donatario, non potrebbe dare effetto alla disposizione.

Del resto, la regola che niuno può ricevere per donazione o per testamento se non in quanto egli fosse conceputo, sia nell' epoca dell'atto di donazione, sia nell'epoca della morte del testatore, ovvero in quella dell'adempimento della condizione, soffre eccezione, in quanto ai figli da nascere da un matrimonio, allorchè trattisi d' una donazione di beni futuri fatta a contemplazione di questo matrimonio, ed in quanto a' chiamati, allorchè trattisi d'una sostituzione (3).

Le corporazioni o comunità, lo stabilimento delle quali non sia stato regolarmente autorizzato, non avendo esistenza agli occhi della legge, ne siegue che le disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in favore di tali corporazioni debbono considerarsi come non seguite (4). Una donazione tra

(1) In effetti, nei legati condizionali, la sola epoca a prendersi in considerazione per la capacità del legatario è quella dell'avveramento della condizione. Arg. art. 995. Nondimeno, Toullier (V, 92) insegna che il legatario dovrebbe, anche quando trattisi di un legato condizionale, essere conceputo alla morte del testatore, fondandosi sulla generalità delle espressioni dell'artic. 822 e sull'art. 49 dell'ordinanza del 1735. Ma le espressioni dell' artic. 822, molto meno assolute di quelle dell' ordinanza, non resistono alla distinzione che a noi sembra dover essere ammessa giusta il principio sul quale è fondata la disposizione dell' art. 995. In quanto all' argomento desunto dall'art. 49 dell'ordinanza del 1735, non ci sembra concludente; perciocchè quest' articolo è relativo alle istituzioni di eredi secondo il dritto scritto; ed i principii che le riguardavano non sono stati conservati dal Codice civile, il quale sottopone siffatte istituzioni alle stesse regole che i legati. Art. 928. Confr. Sallè, *Spirito delle ordinanze*, sull'art. 49 dell'ordinanza del 1735.

(2) Nel nostro art. 822, immediatamente dopo il 2 comma con cui si dispone, che, ond' essere capace di ricevere per testamento, bisogna esser conceputo all'epoca della morte del testatore si è aggiunto un novello comma, che eccettua da siffatta regola le persone contemplate nelle sostituzioni fedecommessarie nei casi permessi particolarmente dalla legge.

(3) Vedi art. 1038, 1003 e 1004, e la legge del 17 maggio 1826. Confr. art. 1037 comma 2.

(4) Ric. rig., 27 aprile 1830, Sir., XXX, 1, 186. Ric. rig., 3 agosto 1841, Sir., XLI, 1, 875. Ric. rig.,

vivi in pro di una comunità, di cui lo stabilimento non fosse stato legalmente autorizzato, resterebbe senza effetto, anche quando questa comunità, essendo stata riconosciuta in appresso, avesse regolarmente accettata la donazione prima della morte del donante.

Ogni persona (1), fisica o morale (2), gode, eccetto se siavi una disposizione contraria della legge, della capacità di ricevere per donazione tra vivi o per testamento, da parte di qualunque siasi altra persona. Art. 818. Le cause d' incapacità ammesse nell'antico dritto non sussistono più come tali, se esse non sieno state espressamente rammentate e confermate dal Codice civile. Così, il concubinato non trascina più, tra le persone che vi sieno impegnate, un' incapacità di donare o di ricevere, e non può essere allegato se non che in appoggio di una dimanda di nullità di disposizioni gratuite per cause di suggestione e di captazione (3). Da un altro canto, le

5 luglio 1842, Sir., XLII, 1, 590. Agen, 12 agosto 1842, Sir., XLIII, 1, 33. Confr. Ric. rig., 26 aprile 1842, Sir., XLI, 1, 739. Vedi in senso contrario: Grenoble, 13 gennaio 1841, Sir., XLI, 2, 87. Confr. pure nello stesso senso: Ric. rig., 11 dicembre 1832, Sir., XXXIII, 1, 492. (Vedi ancora Brusselles).

(1) Non può farsi una disposizione a titolo gratuito in favore di una casa. Così, è nullo un legato di una rendita perpetua fatta al proprietario di una casa in tale qualità, e sotto la condizione che la rendita rimarrà sempre annessa alla casa. Colmar, 26 marzo 1833, Sir., XXXIV, 2, 556.

(2) Giusta l'art. 73 della legge del 18 germinale anno X, le fondazioni aventi per oggetto il mantenimento dei ministri del culto e l'esercizio del culto non potevano consistere che in rendite sullo Stato. Questa restrizione, che avea principalmente per iscopo lo impedire che il clero abusasse della sua influenza per sollecitare la restituzione dei beni che gli erano appartenuti, venne abrogata colla legge del 2 gennaro 1817, di cui l'art. 1 è così conceputo: « Ogni stabilimento ecclesiastico riconosciuto dalla legge potrà accettare, coll'autorizzazione del re, tutti i beni mobili, immobili, o rendite, che gli verranno donati con atto tra vivi o con atti di ultima volontà ».* Così per Francia, così anche per noi pria del Decreto famoso del 18 maggio 1857, il quale statuisce un nuovo principio più consentaneo agli ordinamenti della chiesa.

(3) Il progetto primitivo del Codice civile conteneva un articolo così conceputo: *Coloro i quali abbiano vissuto insieme in un concubinato notorio sono rispettivamente incapaci di donarsi l'un l'altro.* La soppressione di quest'articolo, che venne troncato dal progetto per parte della sezione di legislazione del consiglio di Stato, non può lasciare alcun dubbio sulla proposizione emessa nel testo. Merlin, *Rep.*, v. Concubinato, n. 2. Guilhon, I, 113, e seg. Grenier, I, 148 e seg. Duranton, VIII, 242. Nondimeno, Delvincourt (II, 209) e Bedel (*Trattato dell'adulterio*) insegnano il contrario, fondandosi sugli artic. 1085 e 1087. Ma è cosa evidente che questi articoli sono inadattabili non solamente alle disposizioni testamentarie, ma ancora alle donazioni tra vivi; perciocchè la causa in simili

incapacità stabilite dal Codice civile non possono essere estese per analogia a persone diverse da quelle contro le quali sono pronunziate. Per tal guisa, l' incapacità da cui si trova colpito il tutore non è adattabile ai direttori di pensionati, nè agl' istitutori (1).

Le persone incapaci di ricevere per donazione tra vivi o per testamento sono:

1. I condannati all' ergastolo. L' incapacità di che costoro sono colpiti è assoluta, in questo senso, che eglino sono inabili a ricevere a titolo gratuito da qualsivoglia persona. Nondimeno, essi possono ricevere per causa di alimenti. Le disposizioni fatte così in loro favore sono, nel caso di eccesso, riducibili alla misura dei loro bisogni. Articolo 16.

2. I tutori. Essi non possono ricevere alcun legato da' loro pu-

atti consiste unicamente nella libera determinazione del disponente di esercitare una liberalità in favore dell' altra parte. Estendendo siffatti articoli alle disposizioni a titolo gratuito, gli autori che noi combattiamo hanno confusa la causa dei contratti coi motivi i quali di fatto possono aver indotte le parti a formarle. La giurisprudenza, che era rimasta fluttuante per qualche tempo, sembra oggi fermata in favore dell'opinione che noi abbiamo adottata. Vedi in questo senso: Nimes, 29 termidoro anno XII, Sir., IV, 2, 543; Pau, 20 marzo 1822, Sir., XXII, 2, 223; Montpellier, 23 marzo 1824, Sir., XXV, 2, 273; Grenoble, 15 giugno 1822, Sir., XXV, 2, 136; Parigi, 26 luglio 1817, Sir., XXIX, 2, 104; Ric. rig., 1 agosto 1827, Sir., XXVIII, 1, 49; Montpellier, 13 febbraro 1829, Sir., XXX, 2, 13; Lione, 25 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 241; Ric. rig., 25 gennaio 1842, Sir., XLII, 1, 687. Vedi in senso contrario: Besanzone, 25 marzo 1808, Sir., IX, 3, 14; Angers, 19 gennaro 1814, Sir., XV, 2, 55. Poitiers, 13 termidoro anno XI, Sir., 3, 492; Civ. rig., 28 gennaro 1820, Sir., XX, 1, 421.

(Sotto l' impero del Codice civile attuale, il concubinato non è per sè stesso una causa di nullità delle donazioni e dei testamenti, e non può applicarsi nel caso in cui la prova del concubinato risultasse dalla formale confessione del donante o del testatore espressa nello stesso atto destinato a comprovare la sua liberalità, la disposizione dello art. 816 del citato Codice, il quale dichiara non iscritte le condizioni contrarie a' buoni costumi.

— Il concubinato può esser ammesso come elemento, affin di provare la suggestione e la captazione; ma bisogna, onde possa esser invocato con buon esito, che sia provato che la disposizione non fosse più l'effetto della libera volontà di colui il quale viva in tale stato. Brusselles, 25 gennaio 1832, 8 maggio 1833, e 21 novembre 1837, *Giur. di B.* 1832, 1, 261, 1835 9 e 1838, 1238.

— Gli eredi legittimi, a' quali si opponga un testamento olografo, non possono, per provare che questo testamento sia l' effetto della suggestione, esser ammessi a provare che esisteva un commercio adulterino tra 'l testatore e la erede istituita. Liegi, 11 aprile 1829, *Giur. del XIX secolo*, 1830, 3, 120).

Del resto, vedi sulla captazione e sulla suggestione.

(1) Toullier, V, 65. Duranton, VIII, 194. Grenier, I, 118; Vazeille sull'artic. 823, n. 1. Vedi in senso contrario: Delvincourt, II, 203 e 205.

pilli, i quali, essendo pervenuti all' età di sedici anni compiuti, fossero d' altronde capaci di disporre per testamento. Dopo la cessazione delle loro funzioni per qualunque siasi causa (1), essi non possono ricevere dai loro passati pupilli, per donazione o per testamento, se il conto definitivo della loro amministrazione non sia stato precedentemente renduto e liquidato. Ma non è necessario, per la validità di una disposizione fatta a vantaggio di un passato tutore dal suo pupillo, che il residuo del conto tutelare sia stato precedentemente soddisfatto (2), e neppure che le formalità prescritte dall'art. 395 del Codice civile sieno state adempiute (3). Art. 823.

L' incapacità pronunziata contro i tutori non si estende a' figli o agli eredi del tutore defunto; i quali possono per conseguente ricevere dal passato pupillo dei loro autore, prima che il conto dell' amministrazione di quest'ultimo sia renduto e liquidato. Essa non si estende neppure ai tutori degl' individui colpiti da interdizione legale, a' tutori surrogati, ai curatori di minori emancipati ed ai consulenti giudiziarii. Ma i protutori sono colpiti da quest' incapacità al pari dei tutori ordinarii. Lo stesso è in quanto al secondo marito della madre la quale abbia indebitamente conservata la tutela.

L' incapacità stabilita contro i tutori in generale riceve eccezione in favore degli ascendenti, che sieno tuttavia o che sieno stati tutori dei loro discendenti. Questa eccezione non si estende agli affini degli ascendenti (4).

3. I medici, i chirurgi, i farmacisti e gli avvocati che avranno consigliato e diretto il testamento. Costoro non possono profittare delle disposizioni tra vivi o testamentarie che una persona, la quale essi abbiano curata durante la malattia con cui sia morta, abbia fatte in loro favore nel corso di tale malattia (5). Artic. 825. Siffatta proibizione non si

(1) Attenendosi letteralmente alle espressioni del secondo comma dell' art. 823: « Il minore fatto maggiore di età », potrebbesi credere che il divieto che esso stabilisce non s'applichi se non che al tutore le cui funzioni sieno cessate per la maggiore età del pupillo. Ma una simile interpetrazione sarebbe evidentemente contraria allo spirito che ha dettate le disposizioni dell'art. 823; perciocchè il tutore è sempre, qualunque sia la causa per la quale cessino le sue funzioni, soggetto all' obbligo di render conto; ed appunto l'esistenza di tale obbligazione ingenera l'incapacità stabilita da quest'articolo.

(2) *Rapporto* di Jaubert (Locré, *Legisl.*, t. XI. n. 14).

(3) L'articolo 823 non si riferisce punto all'art. 395, il quale concerne solamente le convenzioni aventi l'oggetto di discaricare il tutore dall'obbligo di render conto. Duranton, VIII, 199. Confr. Ric. rig., 15 febbraio 1827. Sir., XXVII, 1, 335.

(4) Duranton, VIII, 199.

(5) Le disposizioni fatte a vantaggio di un medico nel corso di una malattia non possono esser impugnate, come fatte ad un incapace, ove il disponente non sia morto con tale malattia. Questa proposizione,

applica nè a' farmacisti i quali altro non abbiano fatto che somministrare delle medicine ad una persona ammalata, nè agl'infermieri (1), e neppure ai medici i quali abbiano semplicemente assistito ad un consulto (2). Ma essa si estende a coloro i quali esercitino la medicina senza titolo legale, del pari che a coloro i quali la pratichino con un carattere riconosciuto dalla legge (3).

La quistione di sapersi se una disposizione a pro di un medico sia stata fatta nel corso della malattia colla quale il disponente sia morto, allorchè la malattia abbia presentate delle intermittenze più o meno lunghe, ed il medico donatario o legatario non avesse curato l'ammalato nel momento in cui questi abbia disposto in suo favore, ovvero, posteriormente alla disposizione, egli avesse cessato di prestargli le sue cure, dev'essere decisa secondo le circostanze di ciascuna specie (4).

La proibizione pronunziata contro i medici, di ricevere da' loro ammalati donazioni o legati, soggiace alle seguenti due eccezioni:

1) I medici (5) possono ricevere, a titolo di rimunerazione (6), somme di danaro o altri oggetti

fondata sul testo dell'art. 825 e sulla regola che le incapacità debbono essere ristrette a' casi pei quali sono state nominatamente stabilite, non offre alcun inconveniente in rapporto alle disposizioni testamentarie, perchè queste sono rivocabili a piacere del testatore, e se costui non le revochi, con ciò appunto è provato che esse sono l'effetto di una determinazione del tutto libera dal canto suo. Ma non è lo stesso per quanto riguarda le donazioni tra vivi, le quali possono benissimo essere state soltanto il risultamento dell'influenza del medico sull'animo del donante, benchè questi non sia succombuto alla malattia nel corso della quale le abbia fatte. Del resto, somiglianti donazioni possono essere impugnate per causa di suggestione e di captazione; e questo mezzo di nullità dovrebbe in tal caso essere accolto più facilmente che in circostanze ordinarie, soprattutto se l'azione di nullità fosse istituita dal donante medesimo, poco tempo dopo che egli avesse ricuperata la salute.

(1) Toullier, V, 67. Grenier, I, 128. Dalloz, *op. e v. cit.* t. V, n. 4. Vedi però in senso contrario: Delvincourt, II, 205.

(2) Toullier, V, 69. Grenier, I, 126. Duranton, VIII, 253. Ric. rig., 12 ottobre 1812, Sir., XIII, 1, 38.

(3) *Rapporto fatto al tribunato*, di Jaubert (Locrè, *Legisl.*, t. XI) Grenier, I, 126. Toullier, V, 68. Parigi, 9 maggio 1820. Sir., XX, 2, 250. Grenoble, 6 febbraro 1830, Sir., XXX, 2, 309, e XXXI, 2, 186. Così, la proibizione di che trattasi dev'esser applicata alla levatrice che avesse assistito, senza l'aiuto d'un uomo dell'arte, una donna inferma per effetto dello sgravo.

(4) Confr. Ric. rig., 12 gennaro 1833, Sir., XXXIII, 1, 336; Ric. rig., 9 aprile 1835, Sir., XXXV, 1, 450.

(5) È forse lo stesso di coloro che esercitino illegamente la medicina? L'affermativa ci sembra preferibile, almeno in tesi generale. Vedi in questo senso; Parigi, 9 maggio 1820, Sir., XX, 2, 259: Grenoble, 6 febbraro 1830, Sir., XXX, 2, 309, e XXXI, 2, 186.

(6) Non è necessario che l'atto di donazione o il testamento dica e-

particolari. Le disposizioni fatte in tal guisa a loro vantaggio debbono essere proporzionate alle facoltà del disponente ed all'importanza delle cure che gli abbiano largite (1). In caso di eccesso, esse andrebbero soggette a riduzione.

2) I medici possono ricevere anche a titolo universale, allorchè sieno parenti del disponente sino al quarto grado inclusivamente; eccetto nondimeno se costui abbia parenti in linea retta. E quest'ultima circostanza ancora non formerebbe ostacolo alla validità delle disposizioni fatte in lor favore, se fossero eglino stessi del numero di tali parenti (2). L'eccezione stabilita per lo caso di parentela non si estende al caso di affinità (3). Non per tanto, le disposizioni fatte dalla moglie a pro del suo marito, il quale l'abbia curata come medico, debbono essere rispettate (4); eccetto se appaia, secondo le circostanze, o che il matrimonio contratto durante la malattia della donna lo sia stato con lo scopo di eludere la proibizione della legge, ovvero che le liberalità sieno state determinate, non dall'affezione coniugale, ma bensì dall'abuso dell'ascendente che l'esercizio della sua arte dava al

spressamente che la disposizione sia fatta a titolo rimuneratorio. Delvincourt, sull'artic. 823. Vedi però in senso contrario: Montpellier, 19 maggio 1813, Sir., XIV, 2, 90.

(1) Il medico, in favor del quale fosse stata fatta una simile disposizione, non potrebbe, accettandola, domandare inoltre il salario delle cure prestate al disponente. L'art. 978 è inadattabile a questa ipotesi. Duranton, VIII, 254.

(2) Le espressioni dell'artic. 825 comma 4: « eredi in linea retta.... di questi eredi », sono state adoperate come sinonime di: « parenti in linea retta... di questi parenti ». In effetti, il legislatore è partito dall'idea che una disposizione universale fatta a vantaggio di un medico, parente in linea collaterale, da una persona che abbia parenti in linea retta, sia piuttosto determinata dall'impero del medico sul suo ammalato, che dall'affezione del parente pel suo parente; ma che sia altrimenti, allorchè il medico legatario sia ancor egli parente in linea retta. E si comprende esser cosa del tutto indifferente, in quanto a ciò che quest'ultimo, o i parenti in linea retta del defunto pervengano o no in realtà alla credità di costui. Siffatta interpetrazione vien corroborata dal ravvicinamento dell'articolo 825 col terzo comma dell'articolo 823. Da ciò risulta: 1 che una disposizione universale fatta a pro di un medico, parente in linea collaterale, si trova colpita di nullità, quantunque i parenti in linea retta non raccogliendo la successione, questa trovisi devoluta a parenti collaterali; 2 che una somigliante disposizione fatta a vantaggio di un medico, parente in linea retta, sarebbe valida, anche quando egli si trovasse escluso dalla eredità da altri parenti in linea retta. Duranton, VIII, 256.

(3) Ric. rig., 11 ottobre 1812, Sir., XIII, 1, 38.

(4) Arg. art. 201, 1046. Toullier, V, 66. Grenier, I, 127. Dalloz, *op. e v. cit.* V. 281, n. 9; Chardon, *del Dolo e della frode*, III, 395. Ric. rig., 30 agosto 1808, Sir., VIII, 1, 482.

marito sull'animo della sua moglie (1).

4. I ministri del culto. Ciò che si è detto relativamente a' medici, va applicato, tanto in ordine alla regola quanto in ordine alle eccezioni, a' ministri del culto, i quali abbiano somministrati i soccorsi spirituali ad un ammalato, durante il corso della malattia con cui egli sia morto.

La proibizione stabilita contro i ministri del culto sembra doversi applicare tanto ai ministri del culto protestante, quanto a quelli del culto cattolico (2). Del rimanente, un ministro del culto non è incapace di ricevere da un ammalato al quale non abbia somministrati i soccorsi spirituali, benchè egli fosse costantemente rimasto presso di lui durante la sua malattia (3).

5. I figli illegittimi. Art. 824. I figli semplicemente naturali non possono, per donazione tra vivi o per testamento, nulla ricevere dai loro padri e dalle loro madri al di là di ciò che loro è accordato a titolo di successione sui beni di questi ultimi (4). Siffatta incapacità si estende, dopo la loro morte, a' loro discendenti legittimi (5).

(1) Parigi, 24 febbraro 1817, Sir., XVIII, 334. Parigi, 26 gennaro 1818, Sir., XVIII, 2, 360. Civ. rig. 11 gennaro 1820. Confr. Dalloz, *op. e v. cit.* V., 281, n. 10.

(2) Dalloz, *op. e v. cit.* V, 292, numero 2. Vazeille, sull' artic. 825 numero 7. Toullier (V. 909) insegna l'opinione contraria, fondandosi sul riflesso che tal divieto è annesso unicamente alla qualità di confessore o di direttore di coscienza, e che la religione protestante non ammette la confessione auricolare. Ma questa opinione, contraria alla generalità del termini della legge, ci sembra dover essere rigettata, tanto più che nulla vi ha nei travagli preparatorii del Codice che la giustifichi. Per lo contrario Haubert, nel suo rapporto al tribunato, e Favard nel suo discorso al corpo legislativo, parlano in modo generale di coloro che avessero amministrati i soccorsi della religione e dei ministri del culto che avessero assistito il disponente nella sua ultima malattia. Vedi Locrè, *Legisl.*, t. XI, numero 17, numero 3. D'altronde, se i ministri protestanti non hanno sull'animo delle persone che implorano la loro assistenza un impero così assoluto come quello che la confessione auricolare dà a' preti cattolici, essi non vi hanno meno un'influenza spesso molto potente; e bastava che l'abuso di questo potere fosse possibile, perchè il legislatore pensasse a prevenire qualunque tentativo di questo genere, mediante l'impossibilità di trarne qualche vantaggio.

(3) Ric. rig. 18 maggio 1807, Sir., VII, 1. 287. Grenier, I, 129. Duranton, VIII, 259.

(4) Ravvicinando il nostro artic. 824 e gli art. 674 e 676, e tenendo presente il rescritto del 22 giugno 1845, si vede che il senso del medesimo è del tutto conforme a quello del c. f. art. 908. L'aggiunzione della parola *del padre* fatta nel nostro articolo non fu fatta con intendimento di modificarlo.

(5) Questa proposizione va giustificata dal motivo di ordine pubblico sul quale è fondata la disposizione proibitiva dell'artic. 824. Invano direcsi che la incapacità essendo di stretto dritto, non possa estendersi a' discendenti di un figliuolo naturale il divieto che l'articolo 824 ha

I figli adulterini o incestuosi non possono ricevere da' loro padri e dalle loro madri altro che alimenti (1).

6. Gli uffiziali di navi. Essi non possono, eccetto se siano parenti del testatore, ricevere legati in virtù di un testamento fatto per mare sulla nave a cui essi sieno addetti. Art. 923.

7. Le donazioni tra vivi ed i legati fatti a vantaggio, sia delle corporazioni o delle comunità, e di altri corpi morali autorizzati dal governo, capaci d'altronde di ricevere, sia de' poveri di un comune, o di uno stabilimento pubblico, non possono avere effetto se non in quanto l'accettazione ne sia stata autorizzata dal governo (2). Art. 826. Così per le leggi civili; ma il decreto del 18

pronunziato solamente contro di quest'ultimo, e che non vi sia d'altronde, agli occhi della legge, legame civile tra' discendenti di un figlio naturale ed il suo padre e la sua madre. L'art. 675 risponde a questa doppia obiezione; perciocchè, secondo quest' articolo, i discendenti di un figlio naturale sono chiamati ad esercitare, in mancanza di lui, il dritto di successione che la legge gli attribuiva sui beni del suo padre e della sua madre, e trovansi perciò collocati sotto l' influenza delle restrizioni alle quali questo dritto è sottoposto dall'art. 824, la cui applicazione non può esser separata da quella dell' art. 674. Duranton, VIII, 247. Fouet de Conflans, *Spirito della giurisprudenza sulle successioni*, sull' art. 675. Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss. 3 sull'art. 675. Parigi, 26 dicembre 1828, Sir., XXIX, 2, 124. Vedi però in senso contrario: Colmar, 31 maggio 1825, Sir., XXVI, 2. 50; Douai, 9 maggio 1836, Sir., XXXVI, 2, 573.

(1) Arg. art. 824, comb. 678.

(2) Erano state successivamente promulgate diverse ordinanze e decreti per determinare il modo di accettazione delle donazioni e dei legati fatti a favore degli ospizii, dei comuni, degli stabilimenti ecclesiastici o di pubblica istruzione, ecc. Vedi: ordinanze dei consoli del 5 brumale e del 4 piovoso anno XII, decreto del 12 agosto 1807. Tutti questi atti del potere esecutivo sono stati surrogati dall' ordinanza francese del 2 aprile 1817. Giusta l'art. 1 di quest'ordinanza reale, le donazioni ed i legati non possono esser accettati, che dopo l'autorizzazione del re, inteso il consiglio di Stato, sul precedente parere del prefetto, e dopo l' approvazione provvisoria del vescovo della diocesi, quando siavi il peso di servizii religiosi. Nondimeno, l'accettazione delle donazioni e dei legati in contanti o in cose mobili non eccedenti 300 franchi può essere autorizzata da' prefetti. Queste disposizioni sono state ancora esso modificate, in rapporto alle donazioni ed a' legati fatti ai comuni o ai dipartimenti, dall' art. 48 della legge del 18 luglio 1837 *sull' amministrazione municipale*, e dell'art. 31 di quella del 10 maggio 1838 *sull'attribuzioni dei consigli generali e dei consigli circondariali*. Secondo il primo di questi articoli, le deliberazioni dei consigli municipali aventi per oggetto l'accettazione delle donazioni e dei legati di cose mobili o di somme in contanti fatti ai comuni ed agli stabilimenti comunali, sono esecutive in virtù di una semplice ordinanza del prefetto, allorchè il loro valore non oltrepassi 300 franchi, eccetto se vi fosse reclamo di coloro che pretendano aver dritto alla successione. In quest' ultimo caso, come in quello in cui le deliberazioni con-

maggio 1857, pocanzi cennato, ordina invece così:

* 1. Le disposizioni tra vivi o per testamento a favore delle chiese, delle Corporazioni ecclesiastiche e dei Benefizi ecclesiastici di qualunque natura, avranno pieno effetto, senza che occorra la preventiva Nostra autorizzazione Sovrana.

* Per le rinunzie ad eredità vi è bisogno della preventiva Nostra autorizzazione Sovrana.

* I notai saranno tenuti di dare notizia delle nuove disposizioni di simile natura agli Ordinarii diocesani direttamente, e senza l' intermezzo di altra autorità. e per tutt'altro a tenore di quanto viene a' notai ed alle Camere notariali prescritto col real Decreto dei 4 aprile 1830. I medesimi Ordinarii diocesani ne informeranno subito, pei Nostri reali dominii al di qua del Faro, il Ministro per gli affari ecclesiastici; e pei nostri reali dominii di là del Faro, il Nostro Luogotenente generale, che ne trasmetterà l' avviso al Nostro Ministro Segretario di Stato per gli affari di Sicilia.

** Tali notizie saranno a Noi rassegnate.

* Del resto, le disposizioni delle LL. CC. erano state modificate, anche pria del decreto del 1857, per quanto concerne le donazioni fatte ai corpi morali, dal rescritto dei 30 aprile 1851 (1).

tengano rifiuto di donazioni o di legati, o riguardino donazioni e legati d' immobili, esse non sono eseguite che in virtù di una ordinanza del re. Giusta il secondo dei citati articoli, l'accettazione o il rifiuto delle donazioni e dei legati fatti ad un dipartimento non possono, qualunque sia il valore e l'oggetto di tali disposizioni, essere autorizzati che con una ordinanza reale, inteso il consiglio di Stato. Vedi ancora l'ordinanza reale dei 14 gennaro 1831. la quale ha tracciate alcune regole speciali sulle disposizioni fatte a favore degli stabilimenti ecclesiastici delle comunità religiose di donne. —(Vedi quanto al Belgio, in ordine alle donazioni ed a' legati fatti agli stabilimenti religiosi, il decreto del 30 dicembre 1809, art. 59 e 113; e il decreto del 6 novembre 1813, artic. 67. Quanto a' seminarii ed alle scuole secondarie ecclesiastiche, vedi ancora Tielemans, *Rep. amministrativo*, v. Donazioni e legati.

(1) *Confr. altresì la legge dei 12 dicembre 1816, art. 298, comb. legge del 14 giugno 1824, e rescritto del 25 aprile 1835.

* Il rescritto citato nel testo del 1851, sebbene non possa più riguardare i casi previsti dal decreto del 1857, pure per tutti altri corpi morali è tuttora applicabile; quindi lo riportiamo, ed è concepito nel seguente modo: « Sulla considerazione di essere frequenti i casi nei quali la legge attribuisce alla dimanda l' effetto di operare l' attuazione di un diritto, dichiara che la Sovrana autorizzazione nei termini dello artic. 861 produrrà i suoi effetti legali dal giorno che gli amministratori dei corpi morali avranno dimandata e notificata tale dimanda ai donanti od agli eredi del testatore giusta gli art. 836 893 e 968 LL. CC. e che dopo la notificazione suddetta ed in pendenza del Sovrano beneplacito, gli amministratori potranno agire presso i giudici competenti per tutti gli atti conservatorii.

* I principii esposti nei precedenti numeri che riguardano esami di incapacità e di eccezioni alla regola, come i casi di disposizioni rimuneratorie, o di largizioni a parenti, tutto che incapaci per ragione di ufficio; si applicano non solo alle disposizioni a titolo gratuito fatte nella forma ordinaria, ma eziandio alle donazioni mascherate ed a' doni manuali (1).

Ogni disposizione tra vivi o testamentaria fatta a pro di una persona colpita, da un' incapacità relativa al disponente, è nulla, o, essendone il caso, riducibile alla quantità che il legatario poteva legalmente ricevere.

Le disposizioni fatte a favore di un incapace sotto il velo di un atto a titolo oneroso, o sotto il nome di una persona interposta, sono nulle pel tutto, quando anche il donatario o il legatario avesse potuto ricevere una determinata quantità di beni per mezzo di donazioni o di legati fatti apertamente a suo vantaggio (2). Del resto, gli eredi, i quali im-

(1) Foucart, *Dritto amministrativo*, III, 131. Poitiers, 14 gennaio 1827, Sir., XXXI, 1. 345. Vedi nondimeno in senso contrario: Vazeille, sull'art. 861, n. 9; Bourges, 29 novembre 1831, Sir., XXXII, 2, 79; Ric. rig., 26 novembre 1833, Sirey, XXXIV, 1, 57; Parigi, 12 gennaro 1835, Sir., XXXV, 2, 81. Questi ultimi arresti hanno, a parer nostro, confusa una quistione di capacità con una quistione di forma. Se i doni manuali non vanno soggetti aile solennità estrinseche prescritte per la validità delle donazioni, essi restano evidentemente sottoposti alle regole concernenti la capacità di ricevere o di disporre a titolo gratuito. Or l'art. 826 stabilisce una condizione di capacità, e non già solamente una regola relativa alla forma delle donazioni di cui si occupa. L'eccezione che vorrebbesi ammettere, in favore de' doni manuali, a questa condizione di capacità, sarebbe contraria a' motivi di ordine pubblico sui quali riposa la disposizione del citato articolo.

(2) La quistione, se le disposizioni gratuite, mascherate sotto l'apparenza di un contratto a titolo oneroso, o fatte a persone interposte, sieno nulle o semplicemente riducibili allorchè colui che ne dee profittare non sia incapace di ricevere dal disponente che al di là di una data proporzione, verrà esaminata, dove essa si presenta ad occasione delle disposizioni fatte a pro del coniuge in seconde nozze di un vedovo o di una vedova avente figli da un precedente matrimonio. Noi ci limiteremo, in quanto a ciò, a rinviare a tale paragrafo, in cui verranno sviluppate le ragioni sulle quali è fondata l'opinione che abbiamo enunciata nel testo.

(Una donazione tra vivi, mascherata sotto le apparenze di una vendita fatta contro una rendita vitalizia, non eccedente le rendite dei beni donati, non è nulla pel tutto, ma solamente possibile di riduzione, se siavi un erede di riserva al quale egli abbia lasciato meno della porzione non disponibile. Brusselles, 11 maggio 1818, *Giur. di B.*, 1818, 1, 320; Dalloz, X. 183.

— Le liberalità mascherate sotto la forma di un contratto oneroso sono valide, eccetto se sieno fatte a persone incapaci o interposte, o se debbano essere ridotte come eccedenti la porzione disponibile. Le for-

pugnino, come contenente una donazione mascherata, un atto in apparenza a titolo oneroso che il loro autore abbia fatto con una persona incapace di ricevere da lui a titolo gratuito, debbono fare la prova della simulazione fraudolenta sulla quale essi fondano la loro dimanda di nullità (1). Art. 827.

Il padre, la madre, i figli legittimi, adottivi o naturali (2), e tutti gli altri discendenti legittimi di un individuo colpito da una incapacità relativa di ricevere, sono, del pari che il suo coniuge, legalmente reputati persone interposte in tutte le disposizioni che sieno fatte a loro vantaggio durante la vita di lui (3), dalle persone che non potevano legalmente disporre a suo favore. In materia di donazioni fatte da un vedovo o da una vedova avente figli da un precedente matrimonio, la legge reputa persone interposte, nell'interesse del nuovo coniuge, tutti gli eredi presuntivi di quest'ultimo, quando ancora essi non appartenessero alla classe delle persone designate qui sopra. Ma la dispo-

malità solenni, richieste per la validità degli atti di donazioni tra vivi, non sono applicabili al caso di una liberalità mascherata: è bastevole che il contratto, sotto l'apparenza del quale le parti abbiano mascherata la liberalità, sia fatto nella maniera che gli è propria. Brusselles, 16 aprile 1832, *Giur. del XIX secolo*, 1832, 3, 296; Dalloz, X, 183.

(1) Toullier, V, 77. Duranton, VIII, 267. Grenier, I, 134; Dalloz, *op. e c. cit.*, V, 300, numero 2. Nondimeno, Delvincourt, sull'articolo 827 opina che ogni contratto a titolo oneroso, intervenuto fra persone, di cui l'una sia incapace di ricevere dall'altra con disposizione gratuita, debba, fino alla prova contraria, presumersi che racchiuda in realtà una somigliante disposizione; e questa maniera di vedere può, fino ad un certo punto, sostenersi mercè di una osservazione del tribonato sull'art. 827 e mercè il cangiamento di compilazione che quest'articolo ha subito dopo la comunicazione officiale. Confr. Locré *Legisl.*, tomo XI, articolo 16, numero 11. Per tanto, siccome nelle discussioni presso il consiglio di Stato niuna cosa indica che la nuova compilazione, proposta dal tribunato, sia stata adottata nel senso in cui sembra essere stata chiesta, ed il contrario risulta da' discorsi degli oratori del governo e del tribonato (confr. Locrè, *Legisl.*, tomo XI, numero 9, n. 20); e dalle espressioni medesime dell'art. 827, il quale non dice: qualunque atto fatto con un incapace, ma bensì: « qualunque disposizione fatta a vantaggio di un incapace »; il che non può applicarsi se non che ad una disposizione a titolo gratuito; noi non sapremmo parteggiare l'opinione di Delvincourt, la quale è contraria tanto alla regola che impone all'attore il peso della proova, quanto al principio secondo il quale la frode non si presume. Del resto, la prova della frode può esser fatta anche per mezzo di semplici presunzioni. Articolo 1307.

(2) La legge non distingue, sotto questo rapporto, tra la parentela ad un tempo stesso naturale e legittima, e la parentela solamente naturale o solamente civile. Duranton, VIII, 274.

(3) Colmar, 31 maggio 1825, Sir., XXVI, 2, 50 e 282.

sizione speciale, che l'art. 1054 racchiude in riguardo a ciò, non debb'essere generalizzata (1). Artic. 827.

Le presunzioni d'interposizione, stabilite dalla legge, non possono essere combattute da veruna prova contraria. Artic. 1306. Del rimanente, il legislatore, restringendole a certe persone specialmente designate, non ha avuta l'intenzione di proscrivere la prova della interposizione relativamente ad altri individui (2).

La nullità di una disposizione gratuita, risultante dalla incapacità del donatario o del legatario, può essere proposta, non solo dagli eredi del disponente, ma da ogni altra persona interessata a farla valere, e soprattutto da' creditori e dagli aventi-causa del disponente o dei suoi eredi (3).

575. Delle epoche alle quali deesi aver riguardo per la capacità di disporre e di ricevere con donazione tra vivi o con testamento.

Il Codice civile non contiene un sistema compiuto sulle epoche alle quali debbasi aver riguardo, onde giudicare della capacità di disporre o di ricevere per donazione tra vivi o per testamento. Affin di riempire questa lacuna, uopo è attenersi ai principii ricevuti nell'antica giurisprudenza, tenendo conto delle disposizioni particolari del Codice che hanno relazione a questa materia. Si giugne così a stabilire le regole seguenti:

1. In fatto di donazioni tra vivi, deesi distinguere se la dichiarazione del donante e l'accettazione del donatario sieno contenute in un solo e medesimo atto, o se per contrario l'accettazione abbia avuto luogo con un atto posteriore.

Nel primo caso, è mestieri che le parti abbiano avuto, nell'epoca della formazione dell'atto, l'una la capacità di donare, e l'altra quella di ricevere; ma però

(1) Così, la presunzione d'interposizione non può, nella materia che ci occupa, essere estesa agli ascendenti di un incapace diversi dal suo padre e dalla sua madre. Duranton, VIII, 271. Vedi però in senso contrario: Delvincourt, sull'art. 827.

(2) Arg. artic. 1306. Tale si è il senso del secondo comma dell'art. 827, il quale, indicando date persone come doventisi reputare interposte, non ha avuto per oggetto lo escludere ogni altro caso d'interposizione, ma bensì lo stabilire contro di queste persone una presunzione d'interposizione la quale le rendesse inammessibili a provare, per qualunque mezzo si fosse, la sincerità delle disposizioni fatte in loro favore. Grenier, I, 133 e 136. Duranton, VIII, 270. Civ. cass., 13 luglio 1813, Sir., XIII, 3, 361. Parigi, 26 aprile 1833, Sir., XXXIII, 2, 421. Vedi in senso contrario: Amiens, 6 fiorile anno XII, Sir., XIII, 2, 336; Rouen, 15 gennaro 1808, Sir., XIII, 2, 331.

(3) Questa proposizione si applica principalmente alle disposizioni fatte in vantaggio di un figlio naturale. Loiseau (*Trattato del figlio naturale*) insegna il contrario, fondandosi sull'art. 938; ma quest'articolo è evidentemente estraneo alla quistione.

è bastevole, anche per quanto concerne le donazioni condizionali, che la capacità sia esistita in quest'epoca. Così, una donazione condizionale resta valida, ancorchè una delle parti abbia, prima dell'avveramento della condizione, perduta la capacità di donare o di ricevere.

Nel secondo caso, vale a dire, se l'accettazione abbia avuto luogo con atto separato, il donante deve avere avuto la capacità fisica e la facoltà legale di disporre a titolo gratuito, non solo nell'epoca in cui egli abbia dichiarata la sua volontà di donare, ma altresì nel momento dell'atto di accettazione, e nel momento ancora della notificazione di tale atto, allorchè il donante non vi sia concorso. Se, prima di quest'ultima epoca, egli avesse perduto l'uso delle sue facoltà morali, o fosse stato privato del dritto di disporre de' suoi beni a titolo gratuito, la donazione avrebbesi a considerare come non avvenuta (1).

Quanto al donatario, è d'uopo

(1) In effetti, non altrimenti che mercè la notificazione dell'atto di accettazione della donazione il contratto diviene perfetto riguardo al donante, quando l'accettazione abbia avuto luogo con un atto posteriore a quello della donazione. Art. 856, comma 2. Ora, per contrattare validamente, è d'uopo esser capace nel momento in cui la convenzione acquisti la sua perfezione. Duranton, VIII, 165. Toullier, V, 213. Vazeille, sull'artic. 818, n. 4. Per contrario, Demante, t. VII, e Grenier (I, 138) insegnano, che la notificazione di cui si tratta non sia necessaria alla formazione del contratto; che basti per conseguenza che il donante sia capace nel momento dell'accettazione della donazione; e che un'incapacità, la quale gli sopravvenisse posteriormente a tale epoca non formerebbe ostacolo all'efficacia della notificazione. Onde sostenere questa opinione, la quale è in manifesta opposizione co' termini del 2 comma dell'art. 856, Demante e Grenier si fondano sul riflesso che fin dallo istante dell'accettazione vi ha il concorso di due volontà. Ma questa considerazione la quale, lo riconosciamo, sarebbe decisiva se si trattasse di un contratto ordinario, non è di alcun peso allorchè trattisi di un contratto solenne. Il semplice fatto del concorso delle volontà delle parti non è bastevole per la formazione di un somigliante contratto. Fa mestieri che tali volontà sieno state rispettivamente manifestate nella forma prescritta dalla legge; e fino a che ciò non avvenga è come se esse non esistessero: *Forma dat esse rei*. Noi aggiungeremo che Grenier si mette in contraddizione con sè stesso, in quantochè, mentre insegna che il contratto si forma mercè il solo fatto dell'accettazione, opina nondimeno che la notificazione dell'atto di accettazione non potrebbe più esser fatta utilmente, se, dopo l'accettazione, il donante fosse incorso nella perdita dei dritti civili. Ed in vero, se la donazione divenisse perfetta mercè il fatto dell'accettazione, il cangiamento di stato, nel quale incorresse il donante posteriormente all'accettazione, non potrebbe più influire sulla sorte della donazione. D'altronde, noi non vediamo alcun motivo per distinguere, sotto questo rapporto, tra l'incapacità derivante dalla perdita dei dritti civili, e quella che procedesse da ogni altra causa, per esempio, dall'alterazione delle facoltà morali.

egualmente che egli abbia avuto la capacità di ricevere, tanto nel momento in cui il donante abbia dichiarato la sua volontà di donare (1), quanto nell'epoca dell'accettazione e della notificazione (2). Da questo principio risulta, che la donazione fatta ad

(1) Per contrario. Toullier (V, 96), Duranton (VIII, 234), Demante, Grenier (I, 138), Vazeille (sull'art. 818), e Coin-Delisle (sull'art. 256, n. 8) pretendono, essere bastevole che il donatario sia capace nel momento dell'accettazione, e la sua incapacità nel momento dell'atto di donazione non impedire che egli accetti validamente la donazione dopo la cessazione della causa della sua incapacità. Essi fondano la loro opinione sul riflesso che la donazione non è che un semplice progetto, fino a che non sia stata accettata, e sul riflesso che il donante debba reputarsi di aver perseverato nella sua volontà di donare, sol perchè egli non abbia rivocato l'atto di donazione. Noi abbiamo di già confutato altrove, dove abbiamo stabilito che la dichiarazione di voler donare, emessa nella forma prescritta dalla legge, non può essere riguardata come un semplice progetto, ma costituisce un'offerta di spogliarsi attualmente in favore del donatario. Ora, una somigliante offerta è nulla, quando sia fatta a vantaggio di un incapace, allo stesso modo onde deesi reputare di non essere avvenuta, quando sia fatta a vantaggio di un individuo che non sia neppure ancor conceputo. Quanto al secondo motivo invocato dagli autori che combattiamo, esso vien confutato da ciò che abbiamo detto sul primo. Se la offerta di donare fatta a favore di un incapace è nulla, non può esservi pel donante veruna necessità di rivocarla. Il suo silenzio adunque non indica in alcuna maniera che egli abbia perseverato nella sua volontà di donare; quando pure fosse provato in fatto che egli vi avesse perseverato, bisognerebbe ancor dire che la persevéranza nell' offerta di donare non potrebbe avere effetto se non in quanto tale offerta fosse stata valida in origine. La regola: *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit*, è certamente fondata sulla ragione; e se il dritto francese non l'ha ammessa in rapporto a' testamenti, essa non dee meno essere seguita negli atti tra vivi, almanco quando trattisi di contratti solenni, vale a dire, di contratti i quali non possano formarsi che mercè un consenso espresso, comprovato nella forma prescritta dalla legge. Confr. sulla regola: *Quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit*: Merlin, *Rep.*, v. Nullità, § 6.

(2) Duranton, VIII, 165 e 421. All'opposto, Demante, (VII, 371) e Grenier (I, 138) opinano, essere bastevole che il donatario sia capace di ricevere nel momento dell' accettazione, ed una incapacità che gli sopravvenisse in appresso, od anche la sua morte, non formano ostacolo alla notificazione dell'atto di accettazione. Noi abbiamo di già confutata altrove la proposizione sulla quale è fondata questa maniera di vedere. Aggiungeremo, che qui ancora Grenier ci sembra che siasi messo in contraddizione con se stesso, insegnando, da una parte, che la notificazione dell'atto di accettazione possa, dopo la morte del donatario, essere fatta da' suoi eredi e, da un'altra parte, che tale notificazione non possa più essere utilmente fatta dopo la morte del donante. Perchè, o il contratto di donazione si forma col solo fatto dell' accettazione, ed allora esso non può più essere distrutto per la morte del donante; ovvero non si for-

uno ergastolano, ad un tutore prima della reddizione del conto della sua amministrazione, o ad un medico che abbia curato il donante nel corso della malattia con cui questi sia morto, non potrebbe essere validamente accettata, neppure dopo che il donatario avesse ricuperato il godimento dei dritti civili, avesse renduto il conto della tutela, o avesse cessato di prestar delle cure al donante. Ne risulta, da un altro canto, che una donazione fatta ad una persona capace di ricevere non può più essere efficacemente accettata, ed altresì che l'accettazione validamente fatta non può più essere utilmente notificata allorchè, per una causa qualunque, il donatario sia divenuto incapace di ricevere dal donante.

2. Per la validità delle disposizioni testamentarie, fa d'uopo che il testatore abbia, nell'epoca della formazione del testamento, goduto ad un tempo stesso e dell'uso delle sue facoltà morali e della capacità legale di testare. Fa d'uopo dippiù, che egli abbia avuta questa capacità nel momento della sua morte; ma non è necessario che egli abbia conservato, fino a quest'epoca, l'uso delle sue facoltà morali. Così, il testamento fatto da una persona, la quale, nel momento della formazione dell'atto, era moralmente o legalmente incapace di testare, è nullo, benchè il testatore sia morto in tempo di capacità (1). Per contrario, il testamento, valido nel principio, resta tale, quantunque il testatore venga a perdere l'uso delle sue facoltà morali (2).

Del resto, non si ha riguardo alle incapacità che possano essere sopravvenute al testatore dopo la formazione del suo testamento, se esse sieno cessate prima della sua morte (3).

Quanto al legatario, è bastevole che egli sia capace di ricevere, nel momento della morte del testatore, se il legato sia puro e semplice (4), o nel momento del-

ma che colla notificazione dell'atto di accettazione ed allora siffatta notificazione non può essere utilmente fatta dagli eredi del donatario.

(1) L. 19, D. *Qui testam. fac. poss.* (28, 1). Toullier, V, 86. Duranton, VIII, 175. Delvincourt, sull'art. 820; Poujol, sull'art. 820, n. 8. Grenoble, 7 luglio 1811, Sir., XIII, 2, 4. Civ. rig. 30 agosto 1828, Sir., XX, 1, 442. Parigi, 10 novembre 1820, Sir., XXIV, 2, 351.

(2) L. 1, § 8. D. *de Bon. poss. sec. tab.* (37, 11). Duranton, VIII, 162. Grenier, *luogo cit.*

(3) *Media tempora non nocent*, L. 6, § 3, D. *de Haered. inst.* (28, 5). Toullier, V, 88.

(4) Il diritto romano richiedeva, quanto ai legati puri e semplici, la capacità del legatario così nell'epoca della formazione del testamento che in quella della morte del testatore. *Quod si testamenti facti tempore decessisset testator*), *inutile foret id legatum : quandocumque decesserit, non valet.* L. 1, D. *de Rege caton.* (34, 7). Confr. LL. 29 e 210, D. *de Reg. iur.* (50, 17). Questa regola, chiamata catoniana, era seguita ne' paesi di dritto scritto. Ma sembra che essa non sia stata giammai ricevuta ne' paesi consuetudinarii: almeno i nostri autori più ac-

l'adempimento della condizione, se trattisi d'un legato subordinato ad una condizione sospensiva (1). Così, per esempio, il legato fatto ad una persona, la quale, nell'epoca della formazione del testamento, si trovava privata dei diritti civili, è valido, se prima della morte del testatore, o prima dell'adempimento della condizione a cui siffatto legato fosse subordinato, questa persona sia rientrata nel godimento dei diritti civili.

576. Generalità.—I. Delle condizioni intrinseche richieste per le donazioni tra vivi.—III. Delle condizioni intrinseche necessarie per l'esistenza e per la validità delle disposizioni a titolo gratuito.

La donazione tra vivi esige, come ogni contratto in generale,

creditati attestano che ivi tenevasi per principio, che nelle disposizioni pure e semplici l'epoca della morte del testatore dovesse soltanto riguardarsi per la capacità dei legatarii. Vedi: Bourjon, *Dritto comune della Francia*, II, 299, n. 4: Ricard, *delle Donazioni*, I, n. 829 ed 830; Furgole *de' Testamenti*, I, 310, n. 46; Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 3, n. 1. Tutti i commentatori del Codice civile hanno adottato quest' ultimo sistema; e la preferenza che essi gli hanno accordata può essere giustificata da un argomento *a fortiori* cui somministra l'art. 822. In effetti, se per ricevere un legato, non è neppur necessario di essere concepito nel momento della confezione del testamento, dev' essere ancor meno necessario di non essere in tale epoca colpito da alcuna incapacità. Merlin, *luogo cit.* Toullier, V, 90. Maleville, II, 373. Grenier, I, 140. Duranton, VIII, 230 a 233. *Giur. del Codice civile*, III, 185.

(1) È stato sempre ammesso, anche per dritto romano e ne' paesi di dritto scritto, che la sola epoca da riguardarsi per la capacità di ricevere un legato condizionale, fosse quella dell'avveramento della condizione. L. 41, § 2. D. *de Leg.* I, (30). L. 4, D. *de Reg. caton.* (34, 7). L. 59, § 4, D. *de Haered. inst.*, (28, 5). Ricard, *delle Donazioni*, I, n. 831. Furgole *dei Testamenti*, I, 309, n. 42 e 45. Indarno si argomenterebbe dall'art. 1132, per sostenere che questa dottrina non debba più esser seguita sotto l'impero del Codice civile. Di fatti, il principio della retroattività delle condizioni, consacrato dall'art. 1132, riguarda solamente i dritti condizionali in sè stessi e gli effetti che essi producono, sia tra il creditore e il debitore, sia rispetto ai terzi: esso non può servire per decidere una quistione di capacità. D'altronde, l'artic. 995 prova che i compilatori del Codice civile hanno inteso di conservare il principio dell'antico dritto, secondo il quale un legato condizionale non reputavasi acquistato dal legatario se non che nel momento dell'avveramento della condizione, a differenza di un dritto convenzionale, il quale, benchè subordinato ad una condizione, si acquista dal creditore col fatto stesso della convenzione. Or sembra cosa affatto naturale di non aver riguardo, per la capacità di ricevere un legato, che all'epoca in cui il dritto al legato si acquista in persona del legatario. Pothier, *delle Donazioni testamentarie*, cap. VI, sez. III, § 1, *e delle Obbligazioni*, num. 203, 208 e 222. Merlin, *Rep.*, v. Legatarii § 3, n. 4. Toullier, V, 93. Grenier, I, 142. Duranton, VIII, 229 231 e 233.

il concorso del consenso delle parti. Questo consenso consiste, quanto al donante, nella volontà di spogliarsi attualmente ed irrevocabilmente della cosa che forma la materia della donazione, e quanto al donatario, nella volontà di ricevere questa cosa, vale a dire, di profittare della disposizione. La manifestazione di questa volontà per parte del donatario chiamasi accettazione.

La dichiarazione di volersi spogliare di una cosa in favore di una determinata persona, non costituisce che una semplice offerta o pollicitazione (1), insino a che essa non sia stata accettata da questa persona. Quegli dunque, il quale abbia fatta una simile dichiarazione, resta, sino all'accettazione, padrone di rivocarla. Art. 856, comma 1.

I principii sviluppati altrove, intorno a' vizii che invalidano il consenso delle parti ne' contratti a titolo oneroso, si applicano, in generale, alle donazioni tra vivi. Così, per esempio, una donazione è soggetta ad essere annullata per causa di errore sulla persona del donatario (2). L'errore sulla qualità della persona è bastevole altresì per trascinare la nullità della donazione, allorchè questa sia stata fatta, meno in considerazione dell' individuo, che della qualità onde il donante lo supponeva erroneamente rivestito. Del resto, una donazione dovrebb'essere egualmente annullata per falsità del motivo determinante, se, nell' indicare questo motivo, il donante ne avesse fatto l'oggetto di una condizione espressa della sua liberalità, o se risultasse chiaramente da' termini stessi dell'atto che egli abbia inteso di subordinare l' efficacia della donazione all' esistenza di tale motivo, il quale costituirebbe allora una vera condizione tacita. Fuori di queste due ipotesi, la falsità del motivo, anche indicato dal donante come avente determinata la sua volontà, non è una causa di nullità della donazione (3).

La donazione tra vivi non esige, da parte del donante, altra causa di obbligazione che la libera determinazione di esercitare un atto di beneficenza (4). Siegue da ciò, che una donazione non può essere impugnata come fondata su di una causa ille-

(1) Diciamo: *una semplice pollicitazione*; ma non già: *un semplice progetto*. Questa ultima qualificazione, applicata da' commentatori del Codice alla dichiarazione di donare non ancora accettata, è inesatta, tanto riguardo all' autore di siffatta dichiarazione, perciocchè dal canto suo vi ha più che un progetto, quanto riguardo alla persona a cui la liberalità sia destinata, perciocchè da parte sua non v'ha neppure un progetto.

(2) Confr. Ric. rig., 13 giugno 1826, Sir., XXVI, 1, 400.

(3) In effetti, non si può, fuori di queste due ipotesi, sapere con certezza se, fatta astrazione da tale motivo, il donante non avesse fatta ugualmente la donazione.

(4) Portalis, *Discussione presso il consiglio di Stato*, Locré, *Legisl.*, t. XIV, n. 1.

cita, sotto pretesto che per un motivo contrario alle leggi o ai buoni costumi il donante sia stato indotto a farla.

577. Specialità relative all'accettazione delle donazioni tra vivi. — a. Delle persone che possono o che debbono accettare una donazione.

Ogni persona capace di ricevere per donazione tra vivi è capace altresì, in generale, di accettare una donazione. Questo principio soffre le seguenti eccezioni:

1. Una donna maritata non può, qualunque sia la regola sotto di cui si trovi collocata relativamente a' suoi beni, accettare una donazione tra vivi, la quale le sia fatta da tutt'altra persona che da suo marito, senza l'autorizzazione di costui, o, nel caso di suo rifiuto, senza l'autorizzazione del giudice (1) Art. 858. Quanto alle donazioni che le fossero fatte dal suo medesimo marito, ella è virtualmente autorizzata ad accettarle (2).

2. I minori non emancipati e gl' interdetti sono incapaci di accettare le donazioni fatte in loro favore. Queste donazioni debbono, in generale, essere accettate da' loro tutori, i quali hanno bisogno, a tale effetto, di una autorizzazione del consiglio di famiglia. Nondimeno, il padre e la madre (3) di un minore non emancipato, e gli altri ascendenti, anche durante la vita del padre e della madre, possono accetta-

** (1) Può il marito accettare la donazione fatta alla moglie assente, quando è sfornito di procura?

Il parlamento di Tolosa giudicava la quistione per la negativa; ma il parlamento di Bordeaux, fondandosi sulla l. 21, C. *de procur.* (Pothier, *Pand.*, 1, p. 103, n. 30.) che riguarda il marito come il procuratore legale della moglie *etiam citra mandatum*, decideva che il marito poteva accettar senza procura una donazione fatta alla moglie assente. (Furgole *Quist.*4, approva questa giurisprudenza, e segnatamente pare a lui che non possa soffrir difficoltà nel caso in cui i coniugi son maritati sotto il regime della comunione, a causa dell' interesse personale del marito, che nella qualità di socio può fare il vantaggio della società, massime trattandosi d' una società ond' egli è arbitro e signore.

** Ma oggi che l'art. 933 (857) ha profondamente modificati i principî dell' ordinanza del 1731, oggi che la legge non ammette più la procura generale, ma la richiede speciale, noi siam di credere che non potrebbe seguirsi la dottrina di Furgole.

** Quando il Codice Napoleone ha voluto ammettere dei rappresentanti legali lo ha detto, siccome vedremo nel seguente articolo: ma qui non ci ha nulla di simile; la moglie deve accettar di persona, purchè sia autorizzata. (Trop. n. 1122).

(2) Art. 206. Toullier, V. 203.

(3) La madre non ha bisogno, in somigliante caso, dell'autorizzazione di suo marito, quando ancora la donazione fosse fatta ad uno dei loro figliuoli comuni. Ella esercita, riguardo a ciò, un potere o un mandato che le viene dalla legge, e non agisce nel suo proprio nome. Toullier, V, 198. Delvincourt, sull' articolo 190 *sop.* Duranton, VIII, 438. Vedi nondimeno, in senso contrario: Gren. I, 61.

re, in nome del minore, le donazioni fatte a suo vantaggio, quantunque essi non sieno rivestiti della sua tutela o dell' amministrazione legale dei suoi beni (1), e senza che abbiano d'uopo in alcun caso dell' autorizzazione del consiglio di famiglia (2); *come ancora se uno dei genitori sarà il donante, l'altro potrà accettare. Articolo 859, comma 1 e 3.

3. I minori emancipati non possono accettare le donazioni che vengano loro fatte, se non con l'assistenza dei loro curatori. Ma essi hanno bisogno dell' autorizzazione del consiglio di famiglia. Del rimanente, le donazioni fatte in favore di un minore emancipato possono, del pari che quelle le quali sieno fatte a vantaggio di minori non emancipati, essere accettate da suo padre e da sua madre, o dagli altri suoi ascendenti. Art. 859 (3) comma 2 e 3.

Allorchè un tutore o un curatore faccia una donazione al minore sottoposto alla sua tutela o alla sua cura, la donazione deve, secondo le circostanze, essere accettata, sia da un ascendente del donatario o dal tutore surrogato, sia dallo stesso minore emancipato coll' assistenza di un curatore *ad hoc* nominato dal consiglio di famiglia (4). Il donante, che sia nello stesso tempo tutore del donatario, deve, in quest'ultima qualità, praticare le diligenze necessarie onde la donazione venga regolarmente accettata; e sarebbe risponsabile verso il minore della nullità risultante dalla mancanza di regolare accettazione (5). Art. 866.

L' accettazione fatta dal tutore

(1) Questa eccezione si estende al padre ed alla madre di un figliuolo naturale riconosciuto, ma non agli altri suoi ascendenti. Toullier, V, 199. Grenier, 1, 67. Duranton, VIII, 440. Troplong, Don. n. 1131.

(2) Merlin *Rep.*, v. Minore, § 7, n. 3. Toullier, V, 197. Duranton, VII, 441. Ric. rig., 25 giugno 1812, Sir., 1, 400.

** (3) Il padre, la madre o gli avi possono accettare pei loro figli già concepiti al tempo della donazione, dappoichè *qui in utero sunt in toto pene jure civili intelliguntur in natura rerum esse:* l' art. 933 (859) li comprende nella sua generalità (Grenier, num. 69. Toullier, v. 197.) (Trop., n. 1132).

(4) Ricard, *delle Donazioni*, 1. a parte, n. 859 e seg. Merlin, *Rep.*, v. Minore, § 7, n. 4 e 5. Duranton, VIII, 443. Grenier, 1, 65. Confr. Riom, 14 agosto 1829, Sir., XXX, 2, 300. Grenoble, 14 luglio 1836, Sir, XXXIX, 2, 259.

(5) La disposizione dell' art. 866 è generale, e si applica per conseguenza così alle donazioni fatte ad un minore dal suo tutore, come a quelle che gli sieno fatte da altre persone. In vano direbbesi che un atto di liberalità non debba giammai divenir la causa di un regresso per danni ed interessi contro il suo autore; perchè il regresso da esercitarsi contro il donante, nel caso preveduto nel testo, non dalla negligenza di cui il donante siasi renduto colpevole nella qualità di tutore. In vano ancora si obbietterebbe che l' obbligo di far accettare la donazione, il quale, secondo noi, gravita sul donante sia incompatibile colla libertà di cui egli gode di rivocarla fino a che non sia stata

coll' autorizzazione del consiglio di famiglia, o di un minore emancipato coll'assistenza del suo curatore, liga il minore donatario, come se egli l'avesse fatta nel tempo della sua maggiore età (1). Lo stesso è a dire della accettazione fatta a nome di un minore da suo padre, da sua madre, o da uno dei suoi ascendenti (2). Art. 386, ed arg. da quest'art.

La nullità di un' accettazione fatta, sia da una donna maritata senza l'autorizzazione di suo marito o del giudice, sia da un tutore, o, essendone il caso, da un tutore surrogato, senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, sia da un minore non emancipato in assenza del suo tutore, sia da un minore emancipato senza l'assistenza del suo curatore, è assoluta, e può per conseguente essere opposta non solo dal donatario, ma ancora dal donante, dai suoi eredi o aventi causa (3).

4. Le donazioni fatte da un

accettata. In effetti, benchè, nell'ipotesi di cui si tratta, le qualità di donante e di tutore si trovino riunite nella medesima persona, esse non sono però meno essenzialmente distinte. Il donante rimane in tale qualità padrone di rivocare la donazione, e la sua rivocazione sarà efficace, salvo a rispondere, come tutore, delle conseguenze della non accettazione. Argon. *Istituzione del dritto francese*, I 285. Ricard. parte 1., n. 859. Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. II, art. 1. Merlin, *Rep.* v. Minore, § 7, n. 5. Delvincourt, II 26. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie. V. 516, n. 49. Troplong, numero 1135 Civ. cass., 11 giug. 1816, Sir., XVII, 1, 114. Ric. rig., 9 dicembre 1829, Sir., XXX, 1. 8 Grenoble, 14 luglio 1836, Sir., XXXVII, 241. Vedi nondimeno, in senso contrario: Toullier, V, 202; Grenier, I, 66; Riom, 14 agosto 1829, Sir., XXX, 2, 300.

(1) Adunque, il minore non può farsi restituire in intero contro una somigliante accettazione. Duranton, VIII, 444; Dalloz, *op. e v. cit.*, V, 513, numero 39. Vedi in senso contrario: Grenier, I, 83. Secondo questo autore, la disposizione finale dell'art. 366 significherebbe soltanto che l'accettazione regolarmente fatta nel nome di un minore non emancipato o di un minore emancipato, liga irrevocabilmente il donante, come l'accettazione fatta da un maggiore. Ma se tale fosse stata la idea del legislatore, invece di scrivere, siccome egli ha fatto nell'art. 346: « Essa produrrà, *riguardo al minore*, lo stesso effetto che produce riguardo al maggiore » avrebbe detto così: Essa avrà, *riguardo al donante*, lo stesso effetto che se fosse stata accettata da un maggiore; ovvero: Essa avrà, *in favore del minore*, lo stesso effetto, ec. D'altronde, la spiegazione data da Grenier è evidentemente rigettata dalla combinazione dell'art. 386, con gli articoli 1268 e 759.

(2) Ed in vero, gli ascendenti sono sotto questo rapporto, investiti di un mandato che loro conferisce la legge: e gli atti fatti da un mandatario legale ne' limiti de' suoi poteri ligano la persona che egli rappresenta, indipendentemente dalla capacità di costei. Duranton, VIII, 445. Confr. la nota precedente.

(3) Arg. art. 858 ed 859, comb. 862. *Nec obstat* art. 1079, al. 2. Ricard, parte 1. n. 845. e seg. Maleville,

sordo-muto debbono essere accettate da un curatore *ad hoc* che gli nomina il consiglio di famiglia. Nondimeno, se egli sap-

sull'artic. 286. Proudhon. *Corso di dritto francese*, I, 276. Delvincourt, II. 476. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Accettazione di donazione, n. 38 e 44. Pouiol, sull'articolo 858, n. 4 e sull'art. 859, n. 2. Magnin, *delle minori età*, II, 1018. Coin-Delisle, sull'artic. 859, n. 20. Merlin, *Rep.*, v. Donazione, sez. IV. n. 4, e v. Minore, § 7, n. 1 o 2 Grenier, I, 61. Dalloz, *op.; e v. cit.*, V, 512, n. 13 e 514, n. 40. Civ. cass. 11 giugno 1816, Sir., XVII, 1, 114. Riom, 14 agosto 1829, Sir., 2, 300. Tolosa, 27 gennaio 1836, Sir., XXX, 2, 242. Limoges, 15 aprile 1830. Sir., XXXVI, 2, 241. Grenoble, 14 luglio 1836, Sir., XXXIX, 2, 259. Noi confesseremo che la più parte delle ragioni invocate dagli autori da noi citati non ci sembrano concludenti. Così, per esempio, non è esatto il dire, come fa Ricard, che negli atti pe' quali la legge richiede una *solennità esatta*, essa voglia perciò appunto una *abilità perfetta* in tutte le persone che vi figurino. Questa proposizione prova troppo, perciocchè ne risulterebbe, tra l'altro, che il minore non potrebbe accettare una costituzione di ipoteca fatta a suo vantaggio. Così ancora, l'argomento che Riccard, e dopo di lui Merlin, trae dalla considerazione che le donazioni debbono essere stabili e permanenti, non è fondato quanto alla dottrina. Questa considerazione di fatti si applica a tutti i contratti indistintamente; ed in ordine al principio dell' irrevocabilità specialmente stabilito dalla legge in materia di donazioni tra vivi, esso concerne molto meno il donatario che il donante. Noi non crediamo neppure che si possa sostenere, come lo fanno Proudhon, Merlin e Dalloz, che le regole prescritte relativamente alla accettazione di una donazione fatta a pro di un minore o di una donna maritata, sieno tutte relative *alla forma dell'atto*. Bisogna in fatti distinguere l'accettazione in se stessa, vale a dire, la dichiarazione del donatario di voler profittare della liberalità, dalle solennità estrinseche richieste per la validità di tale dichiarazione. Or la quistione di sapersi, quali persone possano validamente fare una simile dichiarazione, è evidentemente una qoistione di capacità e non di forma. Potrebbesi tutto al più dire che la disposizione del 1. al. dell'articolo 859, relativa alle donazioni fatte a vantaggio di un minore non emancipato, riguardi la *forma* dell'accettazione, in quanto indica la persona da col debba esser fatta l'accettazione. Ma ciascun sente che questa proposizione, molto contrastabile in sè stessa, lascerebbe indecisa la qoistione che ci occupa, per quanto riguarda l'accettazione fatta da un minore emancipato senza l' assistenza del suo curatore, o da una donna maritata senza l'autorizzazione di suo marito o finalmente da un tutore senza l' autorizzazione del consiglio di famiglia. Ciò posto, se noi avessimo a pronunziarci sulla qoistione in pura teoria e secondo i principii generali del dritto (art. 1079, com.2), non esiteremmo a dire che l' inosservanza delle regole prescritte dagli art. 858 e 859 debba produrre solamente una nullità relativa. Ma noi crediamo che questi articoli sieno stati compilati con uno spirito contrario. Di fatti l'art. 862 dispone, che la donazione debitamente accettata è perfetta col solo consenso delle parti: il che equivale a dire, in altri termini, che la donazione la quale non sia stata debitamente accettata, rimane imperfetta, malgrado il consenso delle parti. Or,

pia scrivere, può accettare egli stesso (1). Art. 860.

con queste espressioni: « La donazione debitamente accettata » (accettata nelle forme secondo le nostre leggi) i compilanti del Codice hanno evidentemente inteso una donazione accettata conformemente alle regole prescritte negli art. 858 ad 861. Adunque, egli è, quanto a noi, fuor di dubbio che essi son partiti » dall'idea che tutto ciò che sia relativo al modo di accettazione delle donazioni tra vivi s'appartenga alla forma di questi atti, o dalla idea che il principio dell' irrevocabilità delle donazioni richiede, per la loro perfezione, un'accettazione la quale leghi il donatario al pari che il donante. E quantunque l'una o l'altra di queste idee sieno inesatte nella dottrina, pure non bisogna meno accettarle come quelle che hanno servito di base alla compilazione della legge. Le induzioni che abbiamo ora desunte dall'artic. 862 vanno corroborate dalla epigrafe della sezione sotto di cui trovansi collocati gli articoli 858 ad 861, dalla discussione presso il consiglio di Stato, e soprattutto dal seguente passo del rapporto di Jaubert al tribunato: « L'accettazio- « ne che non legasse il donatario non « potrebbe obbligare il donante. Co- « sì, è naturale che la donna ma- « ritata non possa accettare senza il « consenso del suo marito o senza « l' autorizzazione del giudice; che « la donazione fatta ad un minore « non sia accettata che dal suo tu- « tore o da uno de' suoi ascenden- « ti ». Locré, *Legisl.* t. XI, n. 17, e 42. Vedi nondimeno in senso contrario: Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 52; Toullier, II, 661, e V. 193 e 196, Valette, sopra Proudhon, II, 479, e seg. nota *a*; Guilhot, n. 510; Colmar, 13 dicembre 1808, Sir., IX, 2, 319; Nancy, 4 febbraio 1839, Sir., XXXIX, 2, 459. Duranton, VII, 435 e 437, il quale insegna pure, in generale, che la nullità dell' accettazione fatta da una donna maritata senza autorizzazione, o da un minore, non sia relativa, opina non per tanto che la nullità dell' accettazione del consiglio di famiglia, sia assoluta. Modificando così la sua opinione, Duranton si mette in contraddizione con sè stesso; perciocchè la mancanza di autorizzazione del consiglio di famiglia, richiesta nel solo interesse del minore, non può, giusta i principii generali, i quali, secondo questo autore, sarebbero adattabili in materia di donazione tra vivi, se non che ingenerare una nullità relativa. Troplong, n. 1117 e seg. e 1125 e 1126 propugna ben pure con solidi argomenti il principio delle nullità.

** (1) Per mettere in piena evidenza il lato forte e il lato debole dell'art. 936 (860), vuolsi considerar questo: sonovi dei sordi-muti privi dell'intelligenza della maggior parte dei rapporti civili; la lingua del gesto, restata per essi nell' infanzia, non ha mica sviluppate le loro idee, e sono come fuori di relazione col mondo. il dottor Itard, medico dei sordi-muti, pensava anzi che, se cotesti esseri sventurati non fossero stati iniziati alla vita intellettuale mercè la coltura e l' insegnamento, sarebbero stati in certa guisa privi d'idee, di sensibilità morale, di sentimenti affettivi. Forse questa tesi è troppo assoluta (E stata confutata da un sordo-muto di molto ingegno, Ferdinando Berthier, in una memoria letta all'Accademia delle scienze morali e politiche e stampata sotto il titolo: « *Sull'opinione del defunto dottor Itard*, ecc. »); ma è certo che, se l' istruzione non viene ad aggiungere altre idee alle idee innate, se non si esercita a farsi intendere e ad intendere, vive d'una vita più intima che esterna e rima-

5. Le donazioni fatte a favore di una persona morale, o dei poveri di un comune, debbono essere accettate dagli amministratori designati a questo effetto dalle leggi speciali sulla materia (1). Art. 861.

Le persone capaci di accettare una donazione, sia nel loro proprio nome, sia nel nome altrui, possono fare l'accettazione o personalmente o per mezzo di un mandatario (2). Quest'ultimo dev'esser portatore di una procura autentica, che contenga il potere di accettare, sia la tale determinata donazione, sia per lo meno tutte le donazioni che fossero state di già, o che potessero venir fatte al suo committente, alla persona che questi rappresenti ovvero a quella che egli sia incaricato di assistere. Art. 857 ed 860, ed arg. da questi articoli.

Del resto, una donazione non potrebb'essere accettata nè da un terzo che si rendesse garante pel donatario (3), nè da' creditori di

ne quasi estraneo agli atti di coloro che lo circondano. Sicchè questi sordi-muti hanno evidentemente bisogno d'un curatore *ad hoc* per accettare la donazione onde vengono gratificati; imperochè sono incapaci a causa dell'ignoranza di ciò che si fa. Pertanto è un benefizio per essi la disposizione dell'art. 936 (860) che li rileva dalla loro trista infermità.

** Ma evvi un'altra categoria di sordi-muti; e son quelli cui l'educazione ha messi in possesso di ciò che rende l'uomo intelligente: essi appunto designa l'art. 936 (860), allorchè parla de' sordi-muti che sanno scrivere. Il sordo-muto che è giunto a sapere scrivere ha varcati i limiti successivi che separano le tenebre dalla luce; egli sa leggere; sa associarsi alle idee altrui; sa eziandio associare gli altri alle sue proprie idee: restituito in certa guisa contro la privazione dell'udito e della favella: comprende dunque la volontà che lo gratifica e può con cognizion di causa accettar la gratificazione.

** Ei ci ha un'altra categoria, ed è quella dei sordi-muti illetterati, (Arg. arr. 30 genn. 1844 (Dev., 44, 1, 102), su riferito al numero 539), i quali hanno una capacità dimostrata e sanno farsi comprendere nel tempo stesso che comprendono gli altri. Per costoro avrebbe dovuto l'art. 936 (860) fare un'eccezione che non ha fatta altrimenti; dacchè ha posti sullo stesso livello tutti i sordi muti che non sanno scrivere, ha stabilito per tutti un'uguale formalità che dispensa da indagini individuali sulla intelligenza del donatario (Tolosa, 16 agosto 1842 ed arr. rig. 30 genn. 1844 (Dev., 44, 2, 102.); sicchè su questo punto l'art. 936 (860) lascia qualche cosa da desiderare. (Troplong, n. 1138).

(1) V. sull'oggetto il Decreto del 18 maggio 1837.

(2) Il mandato di accettare può essere validamente conferito ad un parente o ad uno scritturale del notaio compilatore dell'atto di donazione. Potrebbe ancora essere conferito a questo notajo; ma in tal caso l'atto di accettazione non sarebbe valido se non in quanto fosse stato ricevuto da un altro notaio. Duranton, VIII, 427 e 428.

(3) Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. II, art. 1. Delvincourt, sull'art. 857. Grenier, I, 60. Duranton VIII, 429. Conf. Parigi. 21 dicembre 1812, Sir., XIII, 2, 260.

quest'ultimo (1).

578. Continuazione. — b. Del tempo durante il quale una donazione tra vivi può essere accettata.

Non è necessario che la donazione tra vivi sia accettata nel momento stesso in cui venga fatta. Essa può esserlo anche dopo; ma, in questo caso, essa non ha effetto se non dal momento in cui l'atto che la racchiude sia stato notificato al donante; ed allora soltanto il contratto di donazione diviene perfetto. Artic. 856. Da ciò risulta che, fino a tal punto, il donante resta arbitro di ritrattare la sua dichiarazione, e che le ipoteche e le servitù, le quali egli avesse costituite sullo immobile donato nell' intervallo tra la dichiarazione e la notificazione dell'atto di accettazione, non potrebbero essere impugnate dal donatario. Ne risulta altresì, che la notificazione dell'atto di accettazione non potrebbe esser fatta utilmente nè dopo la morte del donante o dopo quella del donatario, benchè questo ultimo avesse, vivente lui, accettata la donazione, nè dopo l' epoca in cui l'una o l'altra delle parti avesse perduta la capacità di donare o di ricevere (2).

579. Dell' errore, del dolo e della violenza, in fatto di disposizioni testamentarie.

Le disposizioni testamentarie debbono essere l'espressione di una volontà libera da parte del testatore. Esse dunque sono suscettive di essere annullate, se il testatore sia stato indotto a farle unicamente in conseguenza di un errore, o per effetto, sia di macchinazioni fraudolente, sia di violenze praticate riguardo a lui.

L' errore vizia le disposizioni testamentarie allorchè esso cada, sia sulla persona del legatario o sulla qualità in considerazione della quale tali disposizioni fossero state fatte (3), sia sul mo-

** Da questo medesimo principio discende che, quando la donazione è fatta a due persone, di cui l'una è assente e l' altra presente, l' accettazione dell' una non giova mica all'altra; non potendo bastare la sola volontà del donante per attribuire al donatario assente un dritto sulla cosa donata (Furgole, quist. 1, n. 5.)

** Del resto, la donazione non vale già per l'intero a favor del donatario presente ed accettante; vale per la sua porzione, l'altra porzione è caduca per rispetto del non accettante. (*Id.*, n. 8, 9, 21. B. Mouill., I, n. 56, nota).

** Ma se la donazione è fatta *in solidum*, allora tutta la liberalità rimane al donatario accettante *jure non decrescendi.* (*Id.*, n. 21.) Salvo che egli è obbligato a comunicarla al suo condonatario, quando questi accetta; perchè allora *concurs fiunt partes.* (*Id.*, n. 21.) (Trop., n. 1094).

(1) Toullier, V, 211, e VI, 373, Conf. Ric. rig., 16 novembre 1836, Sir., XXXVI, 1, 900.

(2) Questa proposizione non si applica alle liberalità fatte a favore di un terzo, ne' casi preveduti dall'artic. 1075, Somigliauti liberalità possono esser accettate, tanto dopo la morte dello stipulante, quanto dopo la morte della persona in vantaggio della quale sieno state fatte. Duranton, X, 248.

(3) L. 5 *C. de Test.* (6, 23). L. 4,

tivo che avesse determinato il testatore a farle. Nondimeno, la falsità del motivo, ancorchè indicato dal testatore, non produce la nullità di un legato, se non in quanto questo motivo sia stato enunciato sotto la forma di una condizione (1), ovvero risulti chiaramente dalle espressioni del testamento che il testatore abbia voluto far dipendere l'efficacia del legato dall'esistenza di questo motivo (2). Del resto, è indifferente che l'errore nel quale fossesi trovato il testatore sia un errore di dritto o di fatto (3).

C. *de Haered. inst.* (6, 24). Vedi pure: L. 33. D. *de Cond. et demost.* (35, 1); L. 58, § 1, D. *de Haered inst.* (28, 5); L. 5. C. *eod tit.* Furgole, cap. V, sez. IV, n. 4 e 6.

(1) § 31, *Instit. de Leg.* (2. 20). L. 17, § 3, D. *de Cond. et demonstr.* (35, 1).

(2) L. 72, § 6, D. *de Condit. et demonstr.* (35, 1). Furgole. cap. V. sez. IV, n. 2 e seg. e n. 21 e seg. Thibaut, *System des Pandectenrechts*, § 798. Merlin. *Rep.* v. Legato, sez. II, § 2. n. 14. Toullier, V, 654. e 703. Brusselles, 10 giugno 1812, Sir., XIII, 2, 66.

(3) Furgole, cap. V. sez. IV, n. 9. Toullier, V. 703.

** Quanto dice Troplong nei numeri 500 e seg. pare fosse un commento al testo del nostro scrittore. Riportiamo questi esami.

** Un altro vizio che altera la volontà è l'errore; ma qui bisogna entrare in qualche spiegazione.

*Se la causa finale che ha indotto il disponente a testare è enunciata, il testamento è nullo.

*Un padre instituisce erede il figlio che serviva nell'esercito; poco dappoi si spande la voce della morte di quest'ultimo, ed il padre, straziato di dolore, ma non volendo morire intestato, instituisce erede Sempronio. Trapassa il padre, ed il militare, che era stato creduto vittima del suo coraggio, ricomparisce e domanda la successione paterna. Cicerone che riferisce questo interessante fatto, lo risguarda soltanto dal lato oratorio, e fa menzione di questa causa come d'una delle più illustri che possan presentarsi. « *Quae potuit igitur esse causa major, quam illius militis?* » (*De oratore*, I. 39. Ei non fa punto conoscere la decisione de' Centumviri; ma è facile arguirla, chi siriporti segnatamente alla l. ult., D., *de cond. inst.* cotanto famosa e celebrata dagli autori, la quale in un caso simile dichiara nulla l'instituzione.

** Se l'errore cade sopra la persona dell'erede o del legatario o sul corpo della cosa legata, vizia la sostanza della volontà e fa cadere la disposizione. (Mantica, IV, 7, 2. Furgole, IV, 5 e 6).

** Esempligrazia, Pietro, volendo gratificar Francesco, nomina nel suo testamento Giacomo, cui punto non conosce; ovvero, volendo dar a Francesco la tal cosa, ne nomina un'altra della quale non era mica suo intendimento di gratificarlo. L'errore sarebbe riparabile sol quando il testamento medesimo con le sue enunciazioni o col suo complesso permettesse di rimuovere il dubbio sulla persona o sulla cosa; altrimenti avendo il testatore fatto una cosa diversa da quella che far voleva, e non avendo significato ciò che aveva in animo, la disposizione non dee sortir effetto.

** L'errore vizia del pari la disposizione, allorchè riflette su la qualità della persona, purchè, benvero, sia stata questa qualità la condizione determinante, e purchè sia certo

Il dolo vizia le disposizioni che il testatore non avrebbe fatto se non fosse stato indotto in errore dalle macchinazioni fraudolente

che, senza di essa, il legato non si sarebbe fatto: *alius non fuisset legaturus*. (Arg. l. 72, § 6, D., *de cond. et dem.* L. ult., D., *de haer. inst.* Mantica, VI, 14, 7. Furgole, n. 7).

* A mo' d'esempio, Francesca volendo conservar l'onore della famiglia di suo marito, fa ad un giovane, che crede nipote di lui, una donazione della maggior parte dei suoi beni. Ma non guari dopo viene a sapere che il giovine non è mica suo nipote; che è un figlio adulterino rivestito d'una falsa qualità. Evidentemente è nulla la donazione. E sarebbe ancor più flagrante la nullità, se Francesca avesse detto: — Perchè un tale è nipote di mio marito e voglio che il suo nome sia portato con onore, gli dono i miei beni. (L. ult., D., *de haer. inst.*).

** Ma, se la qualità non fosse stata la sola considerazione determinante, se alla liberalità si fosse mescolato l'affetto personale; più non potrebbe dirsi esservi stato errore fondamentale nella disposizione.

* Abbiam citato di sopra un notevole esempio di questa limitazione.

** Quando l'errore di dritto è la causa finale della disposizione, la inficia d'un vizio non men radicale che si faccia l'error di fatto; giacchè la volontà espressa non è punto una volontà retta e sana. (Furgole, V, 4, 9. D'Olive, 5, 17).

* Pietro Bonnecarrère avea data in moglie la figlinola a Bernard Dariès, costituendole una dote di 150 scudi. Costei era trapassata, lasciando una figlia, che morì anch'ella. Il padre, credendo che suo genero fosse succeduto nella dote da lui costituita per la premorienza di sua figlia, ordinò col suo testamento che ciò che rimanga dovuto su quella fosse pagato a Dariès sulla successione del suocero. Morto Bonnecarrère, la disposizione fatta in favor di Dariès fu oppugnata come fondata su un palpabile errore, conciossiachè la premorienza della figlinola di Bonnecarrère facea ritornar la dote nelle mani di costui *in solatium luctus*. Bonnecarrère adunque aveva errato sul suo dritto, e quest' errore era la causa determinante. Nullameno, cotal pretensione, prodotta innanzi al parlamento di Tolosa, v'incontrò gravi dubbî. D'Olive ci ha conservata la profonda discussione di che fu obbietto trai magistrati: vi si vedrà una prova dell'alto sapere onde rifulgeva la camera del consiglio in quelle illustri e dotte compagnie. Si riconobbe in ultima analisi che si trattava d'un uomo senza lettera, ignaro del dritto, che avea creduto fare un atto di coscienza, quando la nulla la sua coscienza l'obbligava, che avea voluto liberarsi, allorchè di nulla era tenuto. Importava poco che il testatore avesse peccato per error di dritto: se la distinzione dell'error di dritto, e dell'error di fatto è considerevole nella materia de' contratti, di niun momento è nella materia de' testamenti, in cui non si ha l'occhio che alla volontà, la quale è turbata medesimamente e dall'errore di dritto e dall'error di fatto. L'arresto del 5 aprile 1630 consacrò queste verità. (D'Olive, *ivi*. V. l. 17, § 2 e l. 27, § 6, D., *de cond. et dem.* L. 1, C., *de fals caus.*).

** Allorchè l'errore non cade che sul nome proprio della cosa o dell'erede, è di leggieri riparabile, se d'altronde consta l'identità. (L. 4, D., *de leg.*, 1. Furgole, V, 4 14. Mantica, IV, 7, 1 Donello, 6 21, 11 e seg.).

** Esempligrazia: — Lego a Francesco, figlio di mio fratello, la tal somma di danaro. — Comechè Fran-

praticate riguardo a lui (1). Arg. art. 1070.

La semplice captazione, vale a dire, l'adoperamento di mezzi atti a renderci gradevoli agli altri, come, per esempio, le dimostrazioni di un'amicizia simulata, le cure assidue, i doni, non sarebbe bastevole per fare annullare le disposizioni fatte a vantaggio della persona la quale, coll'aiuto di simili mezzi, si avesse conciliata la benevolenza del testatore. anche quando ella non avesse agito che col fine di attirarsi delle liberalità da parte sua. Lo stesso è della suggestione (2), vale a dire, dei mezzi di persuasione messi in opera verso il testatore, per determinarlo a disporre in favore di date persone, ancorchè le sue disposizioni non fossero state nella realità che il risultamento di questi mezzi. La captazione e la suggestione, di cui il testatore abbia potuto essere l'oggetto, non autorizzano a dimandare l'annullamento di un legato, se non in quanto esse siena state marchiate di dolo, vale a dire, accompagnate da pratiche artifiziose o da insinuazioni menzogniere, e risulti dalle circostanze che il testatore non avrebbe disposto. se egli avesse conosciuta la verità de' fatti (3).

cesco non sia altrimenti il nome del legatario, essendo però l'errore corretto da altre designazioni, non sen terrà verun conto, ed il legato si repaterà valido. (Mantica, IV, 7, 1,) (Trop., n. 487).

** (1) Notiamo che la sorpresa su un punto non annullerebbe l'atto per intero, qualora il rimanente di esso fosse l'effetto della spontanea volontà del disponente; attesochè le disposizioni de' testamenti e delle donazioni non son mica indivisibili. Quest'osservazione s'applica eziandio al caso di violenza e di timore. (Troplong, n. 317).

(2) Nell'antico dritto, la parola *suggestione* prendevasi ancora in un altro significato, per indicare il vizio di un testamento che, invece di essere stato scritto sotto la dettatura del testatore fosse stato redatto, come si dice, ad interrogazione altrui. Di questo vizio, il quale riguarda non la sostanza, ma la forma de' testamenti sarà parlato poco appresso.

(3) *Nisi falsae et dolosae suggestiones adbitae sint.* Furgole, cap. V, sez. III. L'art. 47 dell'ordinanza del 1735 avea espressamente menzionata l'azione di nullità per causa di captazione e di suggestione; e quantunque il Codice civile non *si* occupi letteralmente di questa azione, è fuor di dubbio che essa è anche oggigiorno ammissibile, sotto le condizioni indicate nel testo. Arg. art. 815, 817 ed 825, comb. 1070. *Esposizioni dei motivi*, di Bigot-Preameneu (Locré, *Legisl.*, t. XI, n. 10). Grenier, 1, 143. Toullier, V, 705 e seg. Merlin, *Rep.*, v. Suggestione, § 1, n. 1. Duranton, VIII, 61. Vazeille, sull'art. 817. n. 12. Solon *delle Nullità*, 1. 233. Grenoble. 14 aprile 1806. Sir. VI, 2, 158. Brusselles, 21 aprile 1808. Sir., VIII, 2, 246. Ric. rig., 6 gennaio 1814, Sir., XIV. 1, 217. Ric. rig., 18 maggio 1825, Sir., XXVI, 1, 10. Rouen, 8 gennaio 1827, Sir., XXVII, 2, 208.. Ric. rig., 14 novembre 1831, Sir., XXXI, 1, 427. Ric. rig. 22 dicembre 1841, Sir, XLIII, 1, 54.

** In Francia si è avuta sem-

La pruova del dolo praticato verso il testatore può, indipendentemente da ogni principio di pruova scritta, esser fatta per mezzo semplicemente di testimoni o col soccorso di presunzioni, quantunque il testamento fosse fatto per atto pubblico, e questo atto enunciasse di essere stato dettato dal testatore di sua pura e libera volontà, e senza suggestione (1). Siffatta pruova non dev'essere ammessa, se non in quanto i fatti articolati sieno precisi e rilevanti (2). Ma non è necessario che questi fatti sieno per-

pre gran ritrosia ad ammettere la prova della suggestione e della captazione. (Brillon, *ivi*, n. 232.) Nonostante hannosi esempi di testamenti annullati per suggestioni (Catellan, 2, 97. Brillon, *ivi*. *Giorn. delle ud.*, 1, 3, 16. L'ord. del 1731 autorizzava quest'azione); uno se ne trova particolarmente nel caso di testamenti consigliati da confessori a favore della comunità religiosa a cui appartenevano. (Brillon, v. *Test.*, n. 54 e 233.)

** Un arresto della Corte di Angersi del 1 agosto 1851 (*Gazz. dei Trib.*, 27 ag. 1851, n. 7530), offre una specie che si fa notare tra le più interessanti che siano registrate negli annali della giurisprudenza. Una persona attempata, che credeva alla potenza delle carte ed alla divinazione, era caduta nelle unghie d'una *indovina* che pretendeva procacciarle con le sue occulte conoscenze la guarigione di tutte le sue infermità ed una lunga vita.

** Costei s'era ad un tempo avvalsa dell'ascendente che esercitava su quella donna di spirito debole per persuaderle che le persone che la circondavano le tendeano insidie e cospiravano contro di lei; col che era riuscita a spegnere le affezioni di quella credula, e si era fatta istituire sua erede. Non si poteano trovare ad un più alto grado riuniti e messi in opera gli elementi tutti della captazione e della suggestione.

** Neppure può considerarsi frutto della captazione un testamento fatto per avviso di consulente.

** Molti sono che consultano il loro notaio od il loro avvocato od anche un amico, e fannosi dare un modello di testamento; gli è un modo di farsi illuminare, e non ha punto luogo in tal materia il dolo.

** Ma s'avrebbe invece a vedere una captazione nelle seguenti circostanze. Un individuo, privo di fortuna, ma ricco d'intrighi, si fa bello d'un nome appartenente alla nobiltà e piglia potere sull'animo d'una donna, cui lusinga con la speranza di sposarla. Questa donna è colta da malattia mortale; l'intrigante si fa far da lei un testamento, e fra i mezzi che pone in opera per ottenerlo, le porge un atto con cui la istituisce sua legataria, ben sapendo che, nello stato disperato di lei, il legato era una vana illusione. Qui v'era evidentemente una serie di atti fraudolenti; e così fu giudicato con arresto della Corte di Parigi del 21 dicembre 1829 e con altro della camera de' ricorsi del 14 novembre 1831, che rigettò il ricorso. (Dall., 31, 1, 38).

** Si può consultare un altro arresto della medesima Corte di Parigi del 31 gennaio 1814 reso in analoghe circostanze. (Dall., 5, 238). (Trop., n. 493 e seg.).

(1) Merlin, *Rep.*, v. Suggestione, § 2, n. 3. Vedi però in senso contrario: Parigi 30 germile anno XI, Sir., III, 2, 273.

(2) Confr. Ric. rig., 18 ottobre 1809, Sir., X, 1, 57. Il solo fatto del concubinato, scompagnato da ogni altra circostanza, non prova una sug-

sonali al legatario, e neppure che sieno imputabili a lui, come avvenne avuta conoscenza (1). Il giudice deve per valutarli, tener conto dello stato delle facoltà morali del testatore (2).

L'azione di nullità per causa di dolo può essere diretta contro ogni specie di testamenti, anche contro un testamento olografo. Essa può essere ugualmente esercitata contro un atto di ultima volontà che porti rivocazione di disposizioni precedentemente fatte. Nondimeno, in queste due ipotesi, i tribunali non debbono accoglierla che con una grande circospezione (3).

gestione di natura tale da fare annullare le disposizioni fatte da uno de' connubini a vantaggio dell'altro.

(1) *Nec obstat*, art. 1070. Ric. rig. 28 maggio 1825, Sir., XXVI, 1, 10.

** E su questo Troplong ragiona così:

** Si domanda se la disposizione testamentaria è nulla, quando il dolo invece d'essere stato praticato dall'erede istituito, è stato messo in opera a isaputa da qualunque altra persona. Certa è l'affermativa; dappoichè, tutte le volte che ci ha dolo, donde che venga, la volontà non è stata libera, indipendente e riflettuta. In questo senso si è pronunziata la Corte di cassazione con arresto del 18 magg. 1825, Dall., 25. 1, 321. Cass., 8 ag. 1837 (Dall., 38. 1, 178). malgrado la contrarietà che si cercava stabilire fra l'articolo 1110 1065 e l'art. 1116 (1070) C. Nap. Così pure è stato giudicato con arresto della Corte di Parigi del 30 dic. 1850 reso sotto la mia presidenza (Inedito. 1, cam.) in una causa in cui si allegava che dei terzi avevano con le loro calunnie convertito in un ingiusto odio l'affetto della testatrice per una persona che si pretendeva privata a torto della successione di quella. L'artic. 901 (817) è un principio largamente interpretato.

(2) Poitiers, 27 maggio 1809, Sir., X, 2, 23.

(3) Merlin. *Rep.* v. Suggestione, § 1, n. 4 e 6. Grenier, I, 145. Toullier, V, 716. Ric. rig., 6 gennaio 1814, Sir., XIV, 2, 217.

** Dopo aver percorsa la serie delle alterazioni di cui è suscettiva la volontà del donante o del testatore, una quistione ci avanza ad esaminare per dar fine allo svolgimento di questi principî. Consiste nel sapere se il testamento olografo non sia, in grazia appunto della sua forma, immune dagli attacchi che possono appoggiarsi su la demenza, la captazione e la suggestione, la frode ed altri movimenti disordinati, che alla volontà tolgono la rettitudine e l'indipendenza sua.

** Vero è che difficilmente si può supporre in un uomo, in preda a profonde perturbazioni della ragione o a perverse influenze, tanta pazienza, docilità, sommessione per iscriver di sua mano una lunga serie di disposizioni ragionevoli e combinate. Come credere che un uomo, sottomesso ad importunità suggestive, non abbia trovato un intervallo per chiarir la sua mente? che non abbia chiesti de' consigli prima di dettar le sue ultime disposizioni? infine che, se alla sua debolezza siasi estorta una disposizione non abbia rivocato ciò che era stato astretto a scrivere? Come credere che, dopo aver ceduto ad un sistema di captazione artifiziosa che ha potuto abbacinarlo, non sia giunto il momento della riflessione quando stendeva egli stesso per iscritto le sue disposizioni e quando dovea con maggior cura raccogliere la sua ragione e le sue idee?

Il giudice adito per un'azione di nullità di questa natura è obbligato o di mantener ferme le disposizioni impugnate, o di annullarle; non sarebbe a lui dato il ridurle (1). Del resto, l'azione di cui si tratta può esser diretta tanto contro il testamento intero quanto solamente contro una o più delle disposizioni che esso contenga (2).

La violenza vizia le disposizioni testamentarie che ne sieno state il risultamento (3). I principî sviluppati altrove, sul carattere della violenza che dà luogo allo annullamento delle convenzioni, si applicano ugualmente in materia di testamenti. Non per tanto, sono bastevoli, in generale, per fare annullare un testamento, violenze meno gravi di quelle che richieggonsi per fare annullare una convenzione (4). Del resto, non si dovrebbe facilmente accogliere una dimanda di nullità di testamento per causa di violenza, se i fatti allegati dallo attore risalissero ad un'epoca di molto anteriore alla morte del testatore (5).

L' azione di nullità per causa

(D'Aguesseau, aringa, 37.)

** Sia che vuolsi, sarebbe per avventura sommamente pericoloso, secondo d'Aguesseau, di decidere in generale che la prova di questi diversi vizî non abbia da ammettersi mai contro un testamento olografo, nel quale nulla si contenga che non sia savio. Pure, giusta la stessa autorità, « ben di rado ed in circostanze singolari può ammettersi questa prova » (Arrogi Brillon, *ivi*). Per modo che quanto può dirsi a tal proposito è che il testamento olografo, allorchè è ragionevole, forma una maggior presunzione di capacità nel testatore che il testamento solenne; ma che non forma punto una presunzione *juris et de jure* tanto forte che escluda la prova contraria (Furgole, v, 3, 48. Merlin, *Rep.*, v. *Test.*).

** In virtù di queste idee un arresto della Corte di Parigi del 17 giugno 1822, confermato con uno della sezion de' ricorsi della Corte di cassazione del 29 aprile 1826, (Dall., 24, 1, 191, decide che l'attore non poteva esser ammesso nella specie a provare per via di testimoni che un testamento olografo era il frutto della seduzione, se non avesse in suo favore un principio di prova scritta.

** Benvero non si dovrebbe di troppo generalizzare questa decisione; la quale non può spiegarsi che con le circostanze, perocchè la frode può provarsi con tutt' i modi, (Bayle-Mouillard, p. 650), e non è giuridico di asserire assolutamente che solo mercè un principio di prova scritta si possa esser ammesso a provarla. (Trop., a. 508).

(1) Merlin, *Rep.*, v. Riduzione di legato, n.3; e Toullier. V. n. 715. Civ. cass., 22 gennaio 1810, Sir., X, 1, 107.

(2) Ric. rig., 28 maggio 1825, Sir., XXVI, 1, 10.

(3) La dimanda di nullità di un testamento, per causa di violenza e di suggestione, può esser proposta, non solo dagli eredi del sangue, ma eziandio dall'estraneo istituito con un testamento anteriore. Liegi, 2 novembre 1826, *Giur. di B.* 1827, 2, 376; *Giur. del XIX secolo*, 1828, 3, 34. — Vedi in questo senso: Gand., 15 giugno 1839, *Giur. di B.*, 1839.

(4) Furgole, cap. V, n. 7. Toullier, V, 701.

(5) Confr. Furgole, cap. V, sez. 1, n. 21 e seg.

di violenza può essere diretta contro ogni specie di testamento. In generale, essa ha per oggetto di fare annullare il testamento intero. Tuttavolta, essa potrebbe essere ristretta ad una o a più disposizioni del testamento (1).

580 e 581. Delle disposizioni testamentarie lasciate alla volontà altrui, e della facoltà di scegliere.—Dei legati fatti a persone incerte.

1. Le disposizioni testamentarie debbono essere l'espressione diretta della volontà del testatore.

Da questo principio discendono le seguenti due conseguenze.

1) Il testatore non può far dipendere l'esistenza medesima di un legato dal puro arbitrio (*merum arbitrium*) dell' erede o di un terzo. Ma niente impedisce che il testatore disponga sotto la condizione di un fatto, l'adempimento del quale dipenda, sia dalla volontà altrui, sia ancora da quella dell' erede. Egli può altresì legare sotto la condizione che l'erede o un terzo troverà il legato giusto e convenevole (2) (*arbitrium boni viri*).

(1) Grenier, I, 147.

(2) Confr. L. 52, D. *De Cond. et demonstr.* (35, 1); L. 32 e 68, D. *de Hered. inst.* (28, 5); L. 45, § 2, D. *de Leg.* 1, (30); L. 11, § 7, D. *de Leg.* 3, (32); *Cuiacii Observationes*, lib. 11, cap. 11; Ricard, parte I, n. 569 e seg.; Pothier, *delle Donazioni testamentarie*, cap. II, art. 8.

* Può la condizione esser commessa all'arbitrio d'un terzo? Ulpiano nella l. 1, D., *de leg.*, 2, risponde a tal quistione: « In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest: quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur: an, *si voluerit* ».

* La l. 46, § 2, D., *de fideic. libert.* porta la medesima decisione: « *Si Seias voluerit*, *Stichum liberum esse volo*: mihi videtur posse dici libertatem valere: quia conditio potius est quemadmodum si mihi legatum esset, *si Titius Capitolium ascenderit*. (Pothier, *Pand.*, II, p. 460, n. 35, e 38).

* Sennonchè trovansi dei testi, i quali formalmente decidono che simiglianti disposizioni non possono sostenersi, per la ragione che *in alienam voluntatem conferri legatum non potest*. Sono le ll. 52, D., *de cond. et dem.* e 68, D. *de haered. inst.*; le quali proscrivono categoricamente la condizione *si voluerit*; per guisa che in siffatti testi son consacrati in tesi il pro ed il contro.

* Grande è stato lo sforzo degli autori per conciliarli. (V. su questo punto Donello, VI, 19, 10, 11. Furgole, c. 7, sez. 2, n. 8, e *Quist. sulle Don.*, 46). Cuiacio (2. *Oss.*,2, e sulla l. 43, § 2, D., *de Leg.*, 1) dice che nelle prime due leggi il legato fatto in questi termini: *si voluerit* può venir rettificato interpretandolo come segue: *Si forte acciderit aliquando, ut Titius assenserit*, e riducendolo in forma di condizione; di modo che non può presumersi allora avere un testatore fatta dipendere onninamente la disposizione dalla volontà di esso terzo. Nelle altre due leggi, per converso, si vede dalle circostanze, esser il legato commesso appieno all'altrui arbitrio, e che viola la massima di non potere il testamento *ex alieno arbitrio pendere*. Questa interpretazione è quella seguita dal Pothier nelle sue *Pandette*. Ricard si è studiato di confutarla (*Donaz.*,

2) Il testatore non può far dipendere l'effetto di un legato, per quanto concerne la designazione del legatario, dalla scelta dell'e-

n. 578); ed, avvegnachè egli sia di ordinario un campione di troppo poca forza per lottare con Cuiacio, qui ha dato nel segno ed a me sembra aver egli il vantaggio: « Ben so, dic' egli, che regolarmente i legati sotto condizione possono esser validi; ma punto non ne segue che, potendo volgere il legato, concepito ne' termini onde si tratta, nella forma d'un legato condizionale, lo si renda valido. Dappoichè la massima generale, su cui tutte queste leggi son fondate, la quale vuol che un legato lasciato all'altrui volontà non possa aver effetto, non significa altro, se non che un legato, cui è condizione e fondamento la volontà d'un altro, non è punto valido. Ad ogni modo in questa conversion di termini che propone Cuiacio: *si forte acciderit aliquando ut Titius assenserit*, che s' incontra se non la nuda ed assoluta volontà apposta per condizione, la quale torna ad un medesimo che s'egli avesse lasciato stare i termini del testatore: *si Titius voluerit*; trovandosi la condizione non meno in queste parole: *nel caso che lo voglia* che nelle altre da lui sostituite; per guisa che la conciliazione ch'egli pretende fare non riesce che ad un mutamento di parole? »

* Ricard vuol dunque, e in ciò è pur l'eco d'una opinione accreditata, cui Hotman (*Amic.*, v.) e Vinnio (*Quaest. select.*, 2, 25) han benissimo difesa, che la condizione *si voluerit* nelle prime due leggi non sia conservata se non perchè si risolve *in arbitrio boni viri*; cioè che il testatore ha considerato Tizio come un arbitro per giudicare della giustizia del legato, non col capriccio della sua pura volontà, ma avuto riguardo a' beni lasciati dal testatore o altrimenti.

** E' di fermo, secondo Vinnio: « In testamentis hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum esse intelligatur, et sive is, in cuius arbitrium collatum est, arbitretur, sive non, semper utile est, (L. 1, § 1; L. 3 et 4, § 1, C., *com. leg. et fideic.*). At non potest legatum conferri in tertii liberum arbitrium simpliciter...nam tum vellet testatore ex puro Titii arbitrio pendere legatum, sive is aequum, sive iniquum arbitratur, quod fieri non potest ». (L. 32. *De haered instit*).

* In quanto all' obbiezione tratta dalla l. 43, § 2, D., *de leg.*, 1 che porta: *legatum in aliena voluntate poni potest, in haeredis non potest*, si può dire con la glossa e la unanime opinione dei dottori che le parole *in aliena voluntate* debbono intendersi del legatario, cui si può legare sotto la condizione *si voluerit*, siccome abbiam detto di sopra.

** Ma lasciamo dall' un dei lati l' onore delle leggi romane, senza curarci gran fatto di conciliarle, e vediamo se ragionevolmente parlando, non possa il testatore far intervenire l'equa ed arbitrale volontà di un terzo come condizione della sua disposizione. Egli è fuori dubbio, che dovendo il testamento esser l'espressione della volontà del testatore, non può dipendere al postutto dalla volontà d' un terzo; altrimenti non sarebbe *justa mentis nostrae testatio*. Ma abbiam già veduto di sopra dalle stesse leggi romane che nulla impedisce di completar la disposizione col concorso della volontà d'un terzo, secondo che ha luogo nella facoltà d' eleggere consacrata dall'ordinanza del 1735. Perchè non potrebbe il testatore render giudice un terzo di certe quistioni d'oppor-

rede o di un terzo: in altri termini, egli non può conferire a chicchessia la facoltà di eligere, vale a dire, di scegliere, sia indefinitamente, sia fra più individui indicati nel testamento, la persona che dovrà profittare del legato (1).

tunità, di convenienza, di giustizia, per le quali lo chiama a decidere come quell'uom dabbene, di cui fa parola Cicerone nelle sue *Tusculane* e nei suoi *Uffizi*? Pietro lascia de' manoscritti importanti; li lega a sua moglie perchè ne cavi profitto, pubblicandoli. Ma, temendo che tal pubblicazione abbia degl' inconvenienti a causa delle persone in quelli nominate, incarica Terzo d'esaminarli e giudicare se ne è possibile la pubblicazione; e, nel caso egli pensasse che quegli scritti non dovessero veder la luce, il testatore vuole sien dati alle fiamme. Ecco certamente un legato, il quale fino ad un certo segno dipende dalla volontà di Terzo; ecco pure il *si volet* tanto contrastato nelle leggi romane; ma, a rigore, non v'è mestieri dell'autorità loro per vedere, esser questa disposizione del testatore saggia e sensata quant'altra mai.

* Altro esempio:

** Pietro vuol fare una liberalità ad una fanciulla; ma non intende beneficarla che se ella, dopo la morte di lui darà guarentigie di sua buona condotta; ed a tal uopo fa una liberalità così concepita: — Lego a Silvia 10,000 fr., pagabili due anni dopo la mia morte, se il curato della parrocchia dichiarerà al mio erede ch'ella ne sia degna per la sua condotta irreprensibile.—In questa disposizione v'è qualcosa del *si volet*; ma che monta? ciò che il testatore ha domandato al terzo, di cui invoca il parere, è un giudizio da uom d' onore; non già la volontà capricciosa, che può a sua posta dir sì o nò.

* Tanto meno v'è cosa che impedisce al testatore di far dipendere il legato da un fatto che il terzo fasse arbitro d'eseguire o non eseguire. Esempligrazia:—Dono 100 fr. a Tizio, se Mevio salirà al Campidoglio (L. 52, ff., *de cond. et dem.* Pothier, *Pand.*, *ivi*). Secondo Ricard, fondasi questa regola sulla ragione che essendo quistione di dar effetto alla volontà del testatore, è forza piuttosto persuadersi, per farla valere, ch' egli ha siffattamente condizionato il legato per qualche motivo a lui solo noto, e cui non ha voluto scoprire, anzichè credere sia stato suo divisamento di lasciar il legato alla disposizione assoluta del suo erede o d' un terzo (*Don.*, n. 573. Caso in cui il legato è proficuo). Ma questa spiegazione è oltremodo inammessibile.

** Donello ha per vero scorta la vera sede della difficoltà, facendo osservare che altro è far dipendere una disposizione dall'altrui volontà, altro farla dipendere dal fatto altrui. Quando io dico: — Sempronio sarà mio erede, se vorrà Tizio,—la mia volontà, che far dee la base del testamento, è qui dominata da quella di Tizio; il che non può andare. Ma, se io dica:—Sempronio sarà mio erede, se Tizio monterà al Campidoglio—io qui esigo un fatto; ora il fatto di ascendere al Campidoglio non dipende dalla sola volontà di Tizio; può dipendere da casi fortuiti, da accidenti; Tizio può cadere infermo, può morire; una forza maggiore può fargli impedimento; il Campidoglio può andar in fiamme, ecc. In tutti questi casi, il suo buon volere trovasi paralizzato per l'azione di cause estranee ed accidentali. Ora il testatore può di certo sommettere la sua volontà ad eventi casuali. (VI, 19, 11). (Trop. n. 277).

(1) La facoltà di scegliere ammes-

2. Le disposizioni testamentarie debbono essere fatte a vantaggio di persone certe. Se esse fossero fatte a persone incerte, dovrebbero riguardarsi come non avvenute (1)

Intendesi per persone incerte quelle la cui individualità non sia nè attualmente determinata, nè anche suscettiva di esserlo mercè il verificarsi di qualche avvenimento indicato nel testamento (2).

Si debbono assimilare alle persone che sono di fatto incerte, quelle le quali non sono certe agli occhi della legge, vale a dire, quelle che il testatore avesse indicate, o verbalmente o per iscritto, come doventi profittare dell'effetto della sua disposizione senza però averle designate in un atto rivestito delle formalità testamentarie. Segue da ciò che una disposizione, colla quale una somma di danaro o altre cose determinate fossero state lasciate ad una persona designata, per farne l' impiego che il testatore dichiarasse di averle confidenzialmente indicato, non produrrebbe alcun effetto, anche quando questa persona offrisse di provare che la liberalità sia destinata ad individui capaci di ricevere dall'autore di tale disposizione (3).

Il legato fatto a' poveri di un

sa nell' antico dritto, poteva essere stabilita in due modi: O il testatore grava il legatario di dare il legato a colui tra più individui che questi sceglierebbe; ovvero egli disponeva direttamente in vantaggio della persona che verrebbe indicata da un terzo. Siffatto modo di disporre, che dava luogo a numerose liti, è stato implicitamente proscritto dal Codice, sol perchè esso non lo ha formalmente autorizzato. Arg. art. 815. *Rapporto fatto al tribunato*, di Jaubert, Locré *Legisl.*, t. XI. Merlin, *Rep.* v. Legatario, § 2, n. 18 *bis*, Grenier, *Osservazioni preliminari*, n. 8. Toullier V, 350. Aix 9 febbraio 1841, Dalloz XLI, 2, 160.

*(1) Con decisione del 5 gennaro 1845 la Corte reale di Riom stanziò essere caduca, come non contenente l'indicazione del legatario e fatta a persona incapace di riceverla, la disposizione testamentaria, con la quale il testatore instituisce erede sua sorella morta, quantunque per via di interpretazione si venisse a conoscere, esaminando le parole ed il senso del testamento, che l'intenzione del testatore fosse stata quella di donare ai figliuoli e rappresentanti della defunta.

* In fatto d'interpretazione di testamento, quando non vi è ambiguità nelle parole, il potere dei Tribunali, non può giungere fino a nominare un erede che nella disposizione non si trova indicato. Vedi ancora, decisione della Suprema di Napoli del 17 gennaro 1854. — Gazzetta dei Trib. anno 9, pag. 305.

(2) Così, il legato fatto a colui che sposerà una parente del testatore non costituisce una disposizione a vantaggio di una persona incerta. Ricard, 1. parte, n. 560. Furgole, cap. VI, sez. II, n. 29.

(3) Una somigliante prova non sarebbe rilevante; perciocchè le ultime volontà di una persona non hanno esistenza, se non in quanto sieno state consegnate in un atto rivestito delle forme del testamento medesimo. Merlin. *Rep.*, v. Legatario, § 2 n. 18, *bis*. Toullier, V, 351 606. Duranton, IX, 408, Civ. rig., 12 ago-

comune non costituisce una disposizione a vantaggio di persone incerte. Un simile legato si reputa fatto allo stabilimento di beneficenza del comune (1). Non debbonsi assimilare a' legati fatti a persone incerte le disposizioni colle quali il testatore avesse ordinato l' impiego d'una data somma o di cose determinate, sia in opere pie, sia in messe da celebrarsi per requie dell' anima sua. Somiglianti disposizioni fatte, non già nell' interesse di un terzo, ma in quello del testatore medesimo, costituiscono ben meno dei legati che dei pesi della successione (2). L' adempimento di un peso di questa natura, di cui l'efficacia non è sottoposta alla preliminare autorizzazione del governo (3), potrebbe essere reclamata da' rappresentanti del defunto o dall' esecutore testa-

sto 1811. Sir., XI, 1, 367. Civ. rig. 8 agosto 1826, Sir., XXVII, 1, 47; Besanzone, 6 febbraio 1827, Sir., XXVII, 2, 262. Limoges, 20 dicembre 1830. Sir., XXXI, 2, 207. Nondimeno, Delvincourt (II, 331) e Grenier (II, 513) insegnano che le disposizioni di cui si tratta debbano essere rispettate, eccetto se gli eredi provino che esse contengano liberalità fatte a vantaggio di persone incapaci di ricevere dal testatore.

(1) Arg. art. 826. Il legato fatto *a' poveri*, senz'altra indicazione, dovrebbe essere riguardato come fatto a vantaggio dello stabilimento di beneficenza del comune in cui la successione siasi aperta. Quanto alla disposizione con cui il testatore avesse ordinato che una determinata somma fosse ripartita tra poveri dall' erede o dall'esecutore testamentario, essa costituirebbe meno un legato che un peso della successione. Confr. la nota seguente.

(Il legato fatto a' poveri vergognosi, a disposizione dell' esecutore testamentario, non è nullo come fatto ad una persona incerta.

— Un simile legato, per avere effetto, non dev'essere autorizzato con decreto reale. Gand, 12 aprile 1839, *Giur. di B.*, 1839, 248).

(2) Civ. cass., 11 settembre 1809, Sir, IX, 1, 417, Civ. rig., 16 luglio 1834, Sir., XXXIV, 1, 700. Confr. Bordeaux, 19 agosto 1814, Sir XV, 2, 7. Sarebbe diversamente di una disposizione con la quale il testatore avesse ordinata la vendita di tutti i suoi beni, per impiegarsene il prodotto in opere pie ed in messe da celebrarsi per requie dell'anima sua. Una simile disposizione, il cui effetto si è di privare gli eredi *ab intestato* dell' università dei beni del defunto, implica necessariamente la idea di un legato universale, e *per* conseguente non può essere valida se non in quanto sia permesso di supporre che essa sia stata fatta a vantaggio di una persona morale, per esempio, a vantaggio dello stabilimento di beneficenza o della chiesa parrocchiale. * In una specie quasi simile, il Tribunale civile di Aquila con sentenza del 17 novembre 1852, confermata in appello con decisione del 25 giugno 1855, stanziava, che una disposizione qualunque colla quale si pretenda che il moribondo *o-retenus* abbia disposto di quasi tutto il suo patrimonio, sia a favore del proprio confessore, sia dell' anima propria, mercè opere di espiazione commesse al confessore medesimo; non è testamento, non è locazione di opere, non è dono manuale. Gazzetta dei Tribunali anno 8 pag. 251.

(3) Civ. cass., 16 luglio 1834, Sir., XXXIV, 1, 700. Tolosa 11 agosto 1834. Sir., XXXV, 2, 368.

mentario (1).

582. Del vizio risultante da una indicazione incompiuta o erronea, sia del legatario, sia della cosa legata.

Ogni disposizione testamentaria è a riguardarsi come non avvenuta, allorchè non si possa discernere quale sia la persona che il testatore abbia voluto gratificare, o quale sia la cosa che egli abbia inteso di legare. Nondimeno, non è necessario che il legatario sia designato col suo nome e col suo cognome, nè che la cosa legata lo sia co' caratteri o coi segni materiali che ne determinano l' individualità. L' indicazione del legatario o della cosa legata è validamente fatta per mezzo di perifrasi o di dimostrazioni. Così, per esempio, il testatore può indicare il legatario, mercè la sua professione o mercè i rapporti di parentela che esistano tra loro, e può indicare la cosa legata mediante la persona da cui gli sia pervenuta (2).

L' errore commesso dal testatore sul nome o sul cognome del legatario non reca alcun pregiudizio alla validità della disposizione, se non sinvi alcuna incertezza sulla persona che egli abbia inteso di gratificare. Lo stesso è, a maggior ragione, dell'errore relativo soltanto alla professione, all'origine, o ad altre qualità accessorie del legatario (3).

La dimostrazione erronea della cosa legata non vizia neppure la disposizione, allorchè, indipendentemente dalla dimostrazione e togliendola via, questa cosa sia ancora sufficientemente indicata (4). Siffatto principio soffre nondimeno eccezione, quando la dimostrazione sia stata espressa sotto forma di condizione. Esso soffre ancora eccezione, allorchè la dimostrazione trovandosi aggiunta al legato di una quantità o di una cosa determinata solamente in quanto alla sua specie, abbia per effetto di farlo degenerare in un legato di un corpo certo o di un credito contro un terzo, e le cose così individuate non esistano nella credità (5).

(1) Allorchè un tal peso sia imposto o ad eredi *ab intestato* o a legatari universali godenti dell' investitura, il testatore deve, per assicurarne l'effetto, nominare un esecutore testamentario; altrimenti, non vi sarebbe alcuna persona che avesse qualità per promuoverne l' adempimento.

(2) L. 58, *proc.* D. *de Haered. inst.* (28, 5).

(3) LL. 33 e 34, D. *de Cond. et demonstr.* (35, 1). L. 9, § 8, e L. 48, § 3, D. *de Haered. inst.*(28, 5). Furgole, cap. V, sez. IV, n. 25 e 26. Pothier. *delle Donazioni testamentarie,* cap. I, sez. II, art. 1. Duranton, IX, 351 e seg. Parigi, 27 agosto 1811, Sir., XI, 2. 488. Agen, 21 luglio 1827, Sir., XXVIII, 2, 148. Ric. rig., 11 novembre 1829, Sir., XXX, 1, 36.

(4) L. 17, *proe.* D. *de Cond. et demonstr.*(35, 10, L. 28, D. *de reb. dub.* (34. 5). Cuiacio, *in lib.XVIII, quaest. Papin. ad leg.* 72, § 7. D. *de Cond. et demonstr.*Furgole, cap. V, sez. IV, n. 27 e seg. Pothier, *op. cit.*, cap. II. sez. II, art. 2. Duranton. IX, 346 e seg.

(5) Così, per esempio, il legato di una somma di 1,000 franchi che il

Se più persone portanti lo stesso nome si disputassero un legato, esso varrebbe a vantaggio di quella tra esse, in favor della quale militassero circostanze di natura tale, da far presumere che il testatore abbia voluto gratificare lei piuttosto che le altre. Ma se non esistessero indizii col soccorso del quali si potesse discernere quale fosse la persona che il testatore avesse inteso di gratificare, la disposizione dovrebbesi riguardare come non avvenuta per causa di oscurità (1).

Allorchè il testatore, possedendo più cose della stessa specie, ne abbia legata una senza indicarla in una maniera abbastanza precisa per poterla distinguere dalle altre, il legato non è perciò meno valido, salvo all'erede il rilasciare quella tra siffatte cose che egli stimerà convenevole (2).

583 IV. Delle formalità richieste per la validità estrinseca delle disposizioni a titolo gratuito. —1. Della forma delle donazioni tra vivi. — a. Del modo onde il consenso delle parti dev'essere manifestato.

L'accettazione di una donazione deve, egualmente che la dichiarazione di voler donare, essere fatta in un modo espresso. Art. 856. comma 1. La presenza del donatario all'atto di donazione, la firma che egli vi avesse apposta, e la circostanza medesima che egli avesse preso possesso delle cose donate, non equivarrebbero ad una accettazione espressa (3). Nondimeno, il

testatore dichiari di essergli dovuta da Pietro, ovvero di trovarsi rinchiusa nel suo scrigno, è a riguardarsi come non avvenuto, se Pietro non debba cosa alcuna al testatore, o se, alla morte di costui, non si trovi danaro nello scrigno. L. 108, § 10, D. *de Leg.* (31). L. 75, § 2, D. *de Leg.* 1. (30). Il legato di una somma di danaro, che il testatore dichiari d'essergli dovuta dal legatario, è a riguardarsi come limitativo, in questo senso, che esso non può valere se non come legato di liberazione, e che rimane senza effetto, se il legatario niente debba al testatore. Ma il legato di una somma di danaro, che il testatore dichiari di dovere al legatario, è valido, quantunque il testatore nulla debba a quest'ultimo L. L. 75, § 1, D. *de Leg.* 1, (30). L. 25, D. *de Liber leg.*(34, 3). Cuiacio, *op. e luogo cit.* Furgole, *op. e luogo cit.* Duranton, IX, 352 e 353.

(1) L. 10, D. *de Reb.dub.*(34, 5). Pothier *op. cit.*, cap. II, sez. II, articolo 1.

(2) LL. 32 e 33, § 1, D. *de Leg.* 1. (30), Pothier, *op. cit.* cap. II, sez. II, art. 2. Duranton, IX, 348.

(3) Nancy, 2 febbraro 1838, Sir., XXXVIII, 2, 203. Ric. rig., 27 marzo 1839, Sir, XXXIX, 1, 267. Il Codice civile non ha riprodotta la disposizione che riguardo a ciò conteneva l'articolo 6 dell'ordinanza del 1731. Toullier (V, 189) ha creduto poterne conchiudere, che l'esecuzione volontaria di una donazione da parte del donante renda costui inammessibile a proporre la nullità derivante dalla mancanza di accettazione espressa della donazione. Ma questa conseguenza è evidentemente contraria alla disposizione dell'articolo 1293. Grenier, I, 57. Nondimeno conviene osservare che, se si trattasse di una donazione di mobili corporali, la consegna di questi oggetti,

vocabolo *accettazione* non è sacramentale, e può essere validamente sostituito da espressioni equivalenti (1).

La nullità di forma risultante dalla mancanza di accettazione espressa non si ripara mercè l'esecuzione volontaria della donazione da parte del donatario; ma essa si covre mediante l' esecuzione volontaria da parte degli eredi del donante. Articolo 1293 e 1294.

La regola, secondo la quale le donazioni tra vivi debbono essere accettate espressamente, soffre eccezione negli stessi casi in cui una donazione è valida senza essere stata fatta con atto notarile. In queste ipotesi, l'accettazione può non essere che tacita: essa risulta sufficientemente dal prendimento del possesso, da parte del donatario, delle cose comprese nella donazione (2). Ma, in tutti i casi, è necessario che l' accettazione abbia luogo durante la vita del donante (3).

584 b. Del modo onde il consenso delle parti dev'essere provato.

La dichiarazione del donante di voler donare deve, sotto pena di nullità, essere comprovata per mezzo di un atto notarile compilato nelle forme ordinarie (4). Lo stesso è dell'accettazione del donatario (5). Allorchè questa accettazione non abbia avuto luogo contemporaneamente alla donazione, l'atto che la racchiude dev'essere notificato al donante con atto di usciere (6). Art. 855 ed 856, comma 2.

fatta dal donante al donatario, costituirebbe un dono manuale valido per sè stesso, e malgrado la nullità dell'atto di donazione. Grenoble, 6 gennaio 1831, Sir, XXXII.

* (1) Così ad esempio, se l'atto di donazione di una somma di denaro certifichi che questa somma è stata ricevuta dal donatario dopo essere stata contata e che egli ne ha rilasciata quietanza, sarà difficile trovare in questo concorso di enunciazioni il manco d'espressa accettazione. La quietanza del donatario, ossia l'atto onde egli ha dichiarato d'aver ricevuta la somma nella sua qualità, contiene espressamente tutto ciò che costituisce un' accettazione formale (Grenoble, 6 gennaro 1851 (Dev., 32, 2, 200). B. Mouillard, *su Gr.*, I, p. 374); la non è mica una accettazione presunta, è un'accettazione certa, energica, parlante quant'altra mai. Troplong, pag. 1089.

(2) Civ. cass., 28 giugno 1837, Sir., XXXXVII, 1, 689.

(3) È lo stesso principalmente della remissione di un debito fatta per mezzo della interpretazione di un terzo. Duranton, VIII, 394 e 395.

(4) Vale a dire, nelle forme prescritte dalla legge del 23 nov. 1819 sul notariato. L'art. 855 aggiunge: « e ne resterà minuta »; ma questa aggiunzione è sovrabbondante, perciocchè l'art. 30 e 31 della legge ne fanno un carico espresso al notaro.

(5) Quantunque l'art. 856 com. 2, relativo al caso in cui l' accettazione abbia luogo mercè atto separato, parli soltanto di un atto *autentico*, e non esiga formalmente un atto *notariale*, pure non vi ha dubbio che l'accettazione non può essere regolarmente comprovata se non che con atto innanzi notaio, Grenier, I, 59.

* (6) Per altro, il donatore può rilevare il donatario, dichiarando che ha conosciuto la sua accettazione e che lo dispensa da una espressa no-

Il mandatario incaricato di accettare la donazione nel nome del donatario dev' essere fornito di una procura stipulata innanzi notaio (1). Questa procura deve essere annessa, sia in brevetto, sia in copia legale (2), alla minuta dell'atto di donazione, o a

tificazione. Ma si può egli supplire a questa ricognizione mercè congetture e presunzioni? Un atto è indispensabile; ma io non credo tuttavia che esser debba nella forma autentica; (*Contra* B. Mouill., I, p. 377, nota) che la parola *notificato* non esclude gli atti privati, i quali stabiliscano che il donatore ha ricevuta la prova dell'accettazione.

* E, siccome la mancanza di notificazione toglie alla donazione i suoi effetti rispetto al donante e non rispetto al donatario, ne segue che, venendo questi a morire dopo la sua accettazione, ma prima della notificazione, i suoi eredi potranno far notificare quest' accettazione al donante e con ciò obbligarlo al rilascio della cosa donata. Aggiungiamo che in fondo havvi una gran differenza tra l'accettazione e la notificazione. L'accettazione è dell'essenza della donazione, è una formalità sostanziale; la notificazione non è che una formalità accessoria introdotta in favor del donante, per fargli sapere che egli è oramai legato ed obbligato alla prestazione della cosa donata; poco monta che di questa obbligazione gli dia scienza il donatario o i suoi eredi (B.-Monill., *ivi*. Coin-Delisle, n. 18. *Contra* Toullier, V, 212).

* Per la stessa ragione i creditori del donatario defunto, dopo aver accettato, potrebbero notificare l'accettazione al donante (B.-Mouill., *ivi*). (Troplong, n. 1103 e 1104).

(1) Il mandatario del donante deve forse, come per lo donatario, essere portatore di una procura fatta innanzi notaio? L'affermativa ci sembra fuor di dubbio. La legge, richiedendo un atto autentico, ha voluto assicurarsi dell'intera libertà del donante. Questo scopo evidentemente non verrebbe conseguito, se una procura per atto privato dovesse bastare per la validità della donazione. Civ. rig., 19 aprile 1843, Sir., XLIII, 1, 393. Vedi pure: Ric. rig., 21 giugno 1837, Sir., XXXVII, 1. 846. Vedi però in senso contrario: Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, V. Donazione tra vivi, n. 81; Coin-Delisle sull'art. 855, n. 5; Tolosa, 19 agosto 1824, Sir., XXVII, 1, 300. Aggiungeremo, che per le donazioni fatte dopo la legge del 21 giugno 1843, la quistione trovasi troncata nel senso della nostra opinione dall'art. 2 di questa legge, che richiede anche la presenza del notaio in secondo, o di due testimonii, alla ricezione della procura.

*(2) Non solamente la procura debb'essere autentica e speciale; è d'uopo altresì che una spedizione dell'atto steso innanzi notaio sia ammessa alla minuta della donazione (Conf. art. 34, 1 Not.) o alla minuta dell' accettazione fatta con atto separato.

* Quindi risulta che la procura per accettare non potrebbe esser valida, ove non ne restasse minuta e che sarebbe imperfetta se fosse in brevetto.

* Pure la maggior parte degli autori estimano che una procura stessa in brevetto ed annessa alla donazione sarebbe bastevole. E questa opinione è di fermo più consentanea al dritto comune ed all'equità; ma sembra contrariata dal dritto speciale e dal formalismo che il Codice fa prevalere in materia di donazioni. (Troplong, n. 1113).

quella dell'accettazione, se l'accettazione abbia avuto luogo con un atto separato. Art. 857. L'inosservanza di questa formalità trarrebbe seco, come l'irregolarità della procura stessa, la nullità dell'accettazione (1).

La regola che le donazioni tra vivi debbono, sotto pena di nullità, essere comprovate per mezzo di un atto notarile, va soggetta alle restrizioni e modificazioni seguenti:

1) Essa non si applica, nè alle rinunzie gratuite a dritti qualunque, e soprattutto alla remissione di un debito fatta dal creditore a vantaggio del debitore (2), nè alle stipulazioni fatte in favore di un terzo in una delle ipotesi prevedute dagli artic. 1075 e 1845 (3). Sebbene somiglianti rinunzie o stipulazioni costituiscano in sostanza delle vere liberalità tra vivi, e sieno sottoposte, per quanto concerne la capacità di farle o di riceverle, o la quantità dei beni che possano esserne l'oggetto, alle stesse regole delle donazioni tra vivi propriamente dette, esse però non sono soggette alle formalità richieste per queste ultime (4).

2) I mobili corporali possono essere validamente donati in forma di dono manuale (5), vale a

(1) Confr. nondimeno. Parigi 17 gennaio 1831 Sir., XXXII, 1, 158.

(2) Civ. rig., 12 novembre 1822, Sir., XXIII, 1, 86. Caen, 26 febbraro 1827, Sir., XXVII, 2, 113. Conf. Ric. rig. 17 agosto 1815, Sir., XV, 1, 413.

(3) Civ.cass.,28 giugno 1838,Sir., XXXVII, 1, 689.

(4) Merlin, *Quest.* V. Stipulazione per altri, § 3. Teullier, V, 215. Duranton, VIII, 417. Grenier, I, 74. Dalloz, *op. e v. cit.* t. V. n. 6. Ric. rig., 5 novembre 1818, Sir., XIX, 1, 250. Ric. rig., 27 gennaio 1819, Sir., XIX, 1, 436, Tolosa, 19 novembre 1832, Sir., XXXIII, 2, 11. Civ. cass. 28 giugno 1837, Sir., XXXVII, 1, 689.

(5) Quando il progetto di donazione di un mobile corporale sia stato seguito dalla tradizione reale, la donazione è interamente consumata, e non vi ha alcun motivo da comprovarla per iscritto. Il possesso *animo domini* della cosa donata vale come titolo pel donatario. Art.2185. Indarno si pretenderebbe, fondandosi sull'art. 855, che la legge non facendo veruna distinzione, la donazione di mobili debba, anche nel caso di una tradizione reale, essere comprovata con atto notarile. In effetti, l'art. 855 non dice; « Ogni qualunque donazione sarà comprovata per mezzo di un atto notarile; ma bensì: Ogni atto che contenga una donazione », ecc. Esso dev'essere inteso nello stesso senso che l'art. 1. dell'ordinanza del 1731, di cui è la riproduzione letterale. Ora, nello spiegare quest'ultimo testo, il cancelliere d'Aguesseau faceva notare, che la novella ordinanza parlando unicamente di *atti contenenti donazione*, non fosse adattabile al caso della tradizione reale, la quale non ha bisogno di alcuna legge. Vedi la lettera del 25 giugno 1731. XII,312. Jaubert, nel suo rapporto al tribunato, ha fatta la stessa osservazione sull'art. 855. Locré, *Legisl.* t. XI, n. 45. Laonde, gli autori e la giurisprudenza si sono pronunziati in un modo unanime per la validità dei doni manuali, o siccome erano chiamati in alcuni paesi, delle donazioni di mano calda. Merlin, *Rep.* v. Donazione, sez. II, § 7; *Quest.* v. Donazione, § 6. Delvincourt sull'arti-

dire, mercè la tradizione che il donante ne faccia al donatario, colla intenzione di spogliarsene (1), attualmente ed irrevocabilmente (2), a vantaggio di quest'ultimo. Allorchè le cose mobili, che una persona si proponga di donare ad un'altra, si trovino già nelle mani di costei, il dono si consuma per effetto unicamente della dichiarazione del donante di volergliele donare: dichiarazione, la cui efficacia non è sottoposta ad alcuna formalità estrinseca (3).

Il dono manuale di cose mobili può effettuarsi mediante la interposizione di un terzo, incaricato di consegnarle alle persone che il donante ne voglia gratificare. Il mandato conferito a quest'oggetto non può essere utilmente adempiuto che durante la vita del mandante (4). Gli e-

colo 856. Toullier, V. 172 e seg. Guilhon, II, 441 e seg. Grenier, I, 176. Vedi in particolare sui doni manuali tra coniugi: Bordeaux, 4 marzo 1835, Sir., XXXVI, 2, 368.

(1) Se il possessore di una cosa mobile pretendesse che essa fosse stata consegnata a titolo di dono manuale, il proprietario o i suoi eredi sarebbero ammessi a reclamarne alla restituzione, provando che egli non la possegga se non che in virtù di una convenzione la quale l' obbliga a restituirla. Bourges, 30 luglio 1828, Sir., XXX, 2, 61.

(2) La tradizione di cose mobili fatta da un ammalato a' suoi domestici o ad altre persone, con riserba di poterle riprendere se egli riacquistasse la salute, costituisce non già una donazione tra vivi sotto forma di dono manuale, ma bensì una vera donazione a causa di morte, e per conseguente dee rimanere senza effetto. Parigi 4 maggio 1816, Sir., XII, 2, 195. Parigi, 9 marzo 1829, Sir., XXIX, 1, 2, 114. Merlin, *Quest.* v. Donazione, § 6, n. 5 e Favard *Rep.* v. Dono manuale § 4, insegnano il contrario; ma questi autori muovono dalla supposizione, erronea secondo noi, che le donazioni a causa di morte sieno ancora oggigiorno permesse.

(3) Civ. rig. 22 maggio 1822, Sir., XXIII, 1, 92.

(4) Se i doni manuali sono dispensati dall'adempimento delle formalità estrinseche prescritte in materia di donazione, essi però non sono meno soggetti, sotto il rapporto delle condizioni intrinseche, alle richieste pei contratti in generale. Essi dunque possono farsi durante la vita delle due parti, e non sono suscettivi di consumarsi mediante un'accettazione fatta posteriormente alla morte del donante. Indarno direbbesi che quest'ultimo siasi spossessato delle cose donate mediante la consegna che ne abbia fatta ad un terzo incaricato di passarle a' donatarii, e che questo terzo debba essere riguardato come se le avesse accettate in nome dei donatarii, nella qualità di *negotiorum gestor*. Di fatti, quando ancora fosse possibile di attribuire la qualità di *negotiorum gestor* de' donatarii ad una persona che dee piuttosto essere riguardata come mandataria del donante, sempre il contratto di donazione non si formerebbe se non per mezzo della ratificazione, dal canto de' donatarii, dell'accettazione fatta in loro nome, Perciocchè, a differenza degli atti del mandatario, i quali di pieno dritto reputansi fatti dal mandante, gli atti del *negotiorum gestor* non possono essere riguardati come proprii della persona di cui egli abbia gerito l'affare, se non dal momento in cui costei li ratifichi; e quantun-

redi sarebbero ammessi ad opporsi alla esecuzione posteriore del mandato, il quale non fosse stato adempiuto durante la vita di lui (1), ed anche a reclamare la restituzione delle cose che non fossero state consegnate alle persone indicate come donatarie se non posteriormente alla sua morte (2). Sarebbe lo stesso principalmente nel caso in cui il mandatario fosse stato incaricato di farne la consegna soltanto dopo la morte del mandante (3).

I mobili incorporali non sono suscettivi di essere trasmessi in forma di dono manuale. Questo è ciò che ha luogo soprattutto pei crediti, la donazione dei quali non può effettuarsi che mercè un atto di donazione, o mercè una cessione regolare fatta in apparenza a titolo oneroso (4). La tradizione, benchè fatta *animo*

que la ratificazione operi, in generale, in un modo retroattivo, si comprende benissimo che essa non può aver effetto se non in quanto sia intervenuta prima della morte del donante; perchè dopo di quest'avvenimento, non può aver più luogo la formazione del contratto. *Prius est esse quam operari.*

(1) Bordeaux, 3 febbraio 1827, Sir., XXXVII, 2, 114. Parigi, 1 marzo 1826, Sir., XXVI. 2, 297. Conf. nondimeno: Ric. rig., 2 aprile 1823, Sir., XXIII, 1, 238; Lione, 25 febbraio 1835, Sir., XXXV, 2, 424.

(2) Le persone indicate come donatarie non potrebbero, per opporsi a questa dimanda di restituzione, invocare la massima, che *in fatto di mobili il possesso vale per titolo;* poichè questa dimanda è fondata sulla nullità da cui trovasi infetto il titolo in virtù del quale il prendimento di possesso ha avuto luogo.

(3) Douai, 31 dicembre 1834. Dalloz, XXXV, 2, 83. Conf. nota 10. Vedi però: Grenier, I, 178.

(4) Così, la donazione di un credito stabilito mediante un biglietto non *negoziabile*, vale a dire, non trasmessibile per mezzo di *ordine*, non può risultare da una semplice girata. Ric. rig., 1 febbraio 1842, Sir., XLII, 1, 203. Il dono di biglietti ad ordine può forse essere fatto validamente mercè la semplice consegna de' biglietti con una girata in bianco? Confr. Codice di comm. art. 136 e 137. È stato giudicato, con ragione secondo noi, che gli eredi del girante non sarebbero ammessi a reclamare la restituzione o il valore de' biglietti rivestiti soltanto di una girata in bianco, se il possessore di tali biglietti giustificasse in un modo legale, a cagion d'esempio, per mezzo di lettere scritte dal girante, che quest'ultimo glieli abbia consegnati a titolo di dono, discaricandolo dall' obbligazione di render conto del loro ammontare. Ric. rig., 25 gennaio 1836, Dalloz, XXXII, 1, 393. Conf. Rouen, 29 dicembre 1850, Sir., XLI, 2, 118. Confr. pure: Civ. rig., 12 dicembre 1815, Sir. XVI, 1, 322 e le osservazioni fatte su questo arresto da Merlin *luogo cit.* e da Favard (*Rep.* v. Dono manuale, n. 1). Del resto, intendesi bene che il portatore di biglietti ad ordine, in virtù di una girata in bianco, può farne il dono manuale per mezzo della semplice tradizione e senza esser necessario che egli li rivesta di una girata regolare in favore del donatario. Ric. rig., 21 agosto 1837, Sir., XXXVII, 1, 866. Parigi, 23 gennaio 1840, Sir., XL, 2, 229.

(Di una donazione di cose mobili, seguita dalla tradizione reale, non decsi stipulare atto innanzi notaio.

— Il trasferimento, operato per

donandi, dell'atto istrumentario che comprovi un credito, non equivale a donazione di questo credito (1), eccetto nondimeno se si trattasse di un biglietto al portatore (2). Le stesse regole si applicano alla proprietà letteraria. Il dono di un dritto di proprietà di questa specie non può operarsi con la semplice consegnazione del manoscritto dell'opera che forma l'oggetto di tale diritto (3).

3. È sufficiente, in generale, per la validità delle donazioni fatte sotto la forma di contratti a titolo oneroso, che gli atti, i quali le contengono, riuniscano in sè le forme richieste per la comprovazione dei contratti sotto l'apparenza do' quali tali donazioni sieno mascherate (4).

ordine del donante a favore del donatario, o di un capitale impiegato in una casa di commercio, equivale ad una tradizione, sotto il rapporto della validità di una simile donazione.

— La percezione degl'interessi di questo capitale, fatta dal donatario, equivale ad accettazione della donazione. La Haye, 9 gennaio 1824. *Giur. di B.* 1825, 2, 414. Legge del 25 ottobre 1822, *Raccolta delle leggi*, 7, 699. Dalloz, X, 164.

— L'art. 855 del Codice civile, relativo alla forma delle donazioni tra vivi non è adattabile al dono manuale.

— Il dono manuale d'un biglietto o di una promessa è valido, se il donante abbia dichiarato in piè di questo titolo che egli surrogava il donatario nel suo luogo e vece. Liegi, cass., 8 marzo 1829, *Giur. di B.* 1829, 2, 412; *Giur.* XIX *secolo*, 1829, 3, 178. *Secus*: Brusselles 29 aprile 1830. *Giur. di B.* 1830, 2, 8; *Giur. del* XIX *secolo*, 1831, 2, 203; Dalloz, X, 163 e 171.

(1) Grenier, I, 179 *bis*. Toullier, V. 179; Delvincourt, II. 253. Duranton, VIII, 366. Coin-Delisle, sull'articolo 862, n. 25. Metz, 14 luglio 1818, Sir., XIX, 2, 47 Civ. cass. 24 luglio 1822, Sir., XXIV, 1. 23. Lione, 14 aprile 1824, Sir., XXIII, 2, 211. Agen, 15 maggio 1833, Sir., XXXIII, 2, 564. Poitiers, 27 novembre 1833, Sir., XXXIV, 2, 680. Pau. 10 marzo 1840, Sir., XLII, 2, 82. Ric. rig., 1 febbraio 1842, Sir., XLII, 1, 203. Vedi in senso contrario: Treviso, 16 dicembre 1807, Sir., VIII, 2, 73.

(2) Grenier. I, 176 *bis*.

(3) La proprietà letteraria è eminentemente incorporale, perchè non versa su di un oggetto materiale, e consiste unicamente nel dritto esclusivo di far pubblicare per mezzo della stampa i pensieri che compongono un'opera. Questa proprietà dunque resiste ad ogni idea di trasmissione manuale; perciocchè una trasmissione di tale natura suppone la possibilità di un possesso materiale della cosa medesima a cui si applica il dritto di proprietà. Non per tanto, non conviene dedurre da ciò che non si possa, mercè una tradizione manuale, far dono di un manoscritto considerato come tale, e fatta astrazione del dritto di pubblicarlo. Conf. Merlin, *Quest.* v. Donazione, § 6, n. 4; Favard, *Rep.* v. Dono manuale, n. I; Renouard, *de' Dritti d'autore*, II, 167; Parigi, 4 maggio 1816, Sir., XVI, 2, 195; Bordeaux, 4 maggio 1843, Sir., XLIII, 2, 479.

(4) Orléans, 7 agosto 1835, Sir., XXXV, 2, 449. Ric. rig., 25 febbraro 1836, Sir., XXXVI, 1, 603. Ric. rig., 9 marzo 1837, Sir., XXXVII, 1. 711. Civ. rig., 3 agosto 1841, Sir., XLI, 1, 621. Tolosa, 10 gennaio 1843, Sir., XLII, 2, 64.

4. Gli atti di donazione fatti in paese straniero sono validi, anche relativamente ad immobili situati nel regno, allorchè sieno stati compilati nella forma prescritta dalle leggi del paese in cui sieno stati stipulati (1).

Del resto, ben s' intende che una convenzione, tuttochè qualificata donazione dalle parti, non è soggetta alle forme prescritte per le donazioni tra vivi, se in sostanza questa convenzione sia piuttosto un atto a titolo oneroso che un atto a titolo gratuito (2). Lo stesso è principalmente per quanto concerne le donazioni rimuneratorie (3).

585. Delle formalità speciali richieste per la validità degli atti di donazione di cose mobili.

Gli atti contenenti donazione di cose mobili non sono validi che per le cose descritte ed estimate articolo per articolo (4), sia in questi atti medesimi, o in uno stato estimativo firmato dalle parti (5) ed annesso alla minuta di tali atti, sia in un atto anteriore, come un inventario a cui le parti si sieno espressamente riportate (6). Artic. 872. Non vi ha, sotto questo rapporto, alcuna distinzione a fare tra le donazioni le quali avessero per oggetto solamente alcuni mobili del donante, e quelle che abbracciassero la totalità o una parte dei suoi mobili presenti (7).

La regola che abbiamo ora sta-

(1) *Locus regit actum.* Parigi 11 maggio 1816, Sir., XVII, 2, 10. Parigi, 22 novembre 1828, Sir., XXIX, 2, 77.

(2) Conf. Metz, 1 aprile 1824, Sir., XXV, 2, 303, Agen, 4 agosto 1824, Sir., XXVII. 2; 313; Angers, 26 marzo 1829. Sir., XXX, 2, 48. Bourges, 16 aprile 1832, Sir.. XXXII, 2, 659.

(3) Toullier, V, 185 e 186. Colmar, 10 dicembre 1808, Sir., IX, 2, 161. Colmar, 18 luglio 1809, Sir., XI, 2, 478. Brusselles, 16 gennaio 1812, Sir., XIII, 2, 56. Bordeaux, 21 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 412. Caen, 19 maggio 1841, XLII, 2, 11. Douai, 4 aprile 1843, Sir., XLIII, 2, 483.

(4) Bordeaux, 6 agosto 1834, Sir., XXXV, 2, 61. Bordeaux, 3 giugno 1840, Sir., XL, 2, 540.

(5) Questo stato può esser fatto con iscrittura privata. Toullier, V, 181. Grenier, I, 170.

(6) Di fatti, il voto della legge è sufficientemente adempiuto mercè il rimando, nell'atto di donazione, ad un inventario precedentemente compilato, benchè senza il concorso del donatario, il quale fa suo tale atto sol perchè ad esso si riferisce di accordo col donante. E ciò che dimostra l'art. 872, il quale non sembra ammettere altro modo da fare l'indicazione de' mobili donati, se non che uno stato estimativo annesso all'atto di donazione non è limitativo a tal riguardo, si è che, interpetrandolo ristrettamente, ne risulterebbe che la descrizione e la valutazione di questi mobili sarebbero insufficienti, anche quando esse si trovassero nell'atto di donazione: conseguenza la quale evidentemente sarebbe inammessibile, Limoges, 28 novembre 1826, Sir., XXVIII, 211, Ric. rig., 11 luglio 1831, Sir., XXXI, 1, 362.

(7) Conf. Ric. rig. 16 luglio 1807, Sir., VIII, 1, 379. Duranton VIII, 412 insegna che le donazioni di una parte-aliquota di tutti i mobili presenti del donante non soggiacciano alla disposizione dell'art. 872. Ma la sua opinione, la quale è in opposizione colla generalità delle espres-

bilità non si applica alle cose mobili comprese nella donazione di un immobile per rapporto al quale esse sieno reputate immobili per destinazione (1). Ma essa si estende alle cose incorporali (2), con questa modificazione nondimeno, che la estimazione non è necessaria, allorchè trattisi della donazione di un credito, e che basta, in questo caso, lo indicare, insieme col nome del debitore, l'ammontare del capitale nominale o della rendita annua (3).

Del rimanente, la nullità di un

sioni dell'art. 872, supporrebbe d'altronde una manifesta inconseguenza dal canto del legislatore. Se nelle donazioni mobiliari di poco valore, uno stato estimativo delle cose donate è necessario per garentire gli interessi delle parti o de' terzi, a maggior ragione un simile stato è necessario nelle donazioni della totalità o di una parte aliquota de' mobili del donante.

(1) Grenier, I, 171, Toullier, V, 184. Duranton, VIII, 407, Aix, 17 termidoro anno XIII, Sir., VII, 2, 913, Riom. 22 gennaio 1825, Sir., XXV, 2, 270.

(2) Limoges, 28 novembre 1826, Sir., XXVIII 2, 41. Bordeaux, 6 agosto 1833, Sir., XXXV, 2, 61.

(3) Toullier, V. 182. Grenier, I, 173. Duranton, VIII, 408.

* Siffattamente giudicava la Corte di Bordeaux con arresto del 19 luglio 1853, in una specie in cui una madre aveva fatto donazione alla figlia dei suoi dritti, indennità e riprese nella sua comunione.

* Ecco il testo di questo arresto che trovasi nella *Gazzetta dei Tribunali del 1 novembre detto anno*.

* Atteso che, esigendo l'art. 948 (872) C. Nap. che la donazione d'effetti mobiliari fosse accompagnata da uno stato estimativo annesso alla minuta dell'atto, si ha proposto un duplice obbietto: 1. e principalmente render ferma e stabile la donazione, facendo certificare la specie ed il valore degli oggetti donati: 2. assicurare con questa stessa precauzione l'esercizio di tutti i dritti a cui essa potesse eventualmente dar adito;

* Atteso che in principio questa regola si estende alle donazioni di mobili incorporali come a quelle di mobili corporali; che non basterebbe di fatti che il donante dichiarasse di donare in tutto o in parte le sue azioni o i suoi crediti, e se non indicasse ad un tempo i titoli su cui poggiano, perchè una tal donazione nulla avrebbe di stabile e di certo;

* Che però la cosa sta altrimenti per la natura stessa delle cose, allorchè la donazione ha per obbietto dei dritti attualmente certi ed invariabili in loro stessi, ma l'estensione e l'emolumento del quali non possono essere determinati che mediante una liquidazione ulteriore, come i dritti che possono appartenere al donante in una comunione o in una successione: che rispetto a' dritti di tal natura sarebbe in assai casi impossibile alligare alla donazione lo stato voluto dall'art. 948 (872); ma che da una banda non dipende dal donante menomarne l'emolumento, e dall'altra questo emolumento sarà fissato nell'interesse di tutti le parti con la liquidazione e la divisione a cui ulteriormente dee procedersi; che ciò pur basta a tutelare tutti gl'interessi: che esigere in simil caso uno stato estimativo sarebbe prestare alla legge un rigorismo che non è nella sua intenzione, ligar le mani al donante ed incagliare senza utilità reale la libera disposizione di queste specie di beni: il che non ha potuto per av-

atto di donazione mobiliare, risultante dalla mancanza di designazione e di estimazione delle cose donate, non impedisce che la donazione di queste cose possa consumarsi in appresso mercè la tradizione reale che il donante ne facesse al donatario (1).

ventura entrare in mente al legislatore;

* Atteso che l'atto del 18 febbraro 1847 contiene donazione fatta dalla vedova Thibaud alla signora Bouhier sua figlia primogenita di una certa quantità di mobili, di cui è annesso alla minuta uno stato estimativo particolareggiato; poscia di tutti i suoi dritti risultanti da riprese, indennità e ricompense sulla comunione o contro il marito, senza che niuno stato faccia conoscere l'estensione de' dritti onde si tratta; ma che, in quanto concerne le riprese, son queste stabilite, sia col contratto di matrimonio della donatrice, sia con atti di famiglia noti a tutte le parti ed ai quali è facile ricorrere; che in quanto alla indennità e ricompense, queste non potrano esser determinate che con la liquidazione della comunione, ma che le une come le altre restavano immediatamente acquisite alla donataria, senza che dipendesse dalla donatrice di mutarne l'emolumento nè che potessero dissimularsi a Thibaud figlio, sola parte che avesse o potesse aver interesse a conoscerle; che quindi non era punto leso il principio della irrevocabilità delle donazioni nè lo erano i dritti eventuali che ha voluto proteggere l'art. 948 (872). Per tali motivi, la Corte mette nel nulla l'appello.

* E fu deciso che esigere in simil caso uno stato estimativo sarebbe un esigere l'impossibile e che, del resto, la divisione e la liquidazione, d'accordo col contratto di matrimonio, eran bastevoli ad offrir tutte le garenzie di stabilità.

* Da ultimo, per andar più in là, si potrà decidere, come ha fatto la Corte di Agen (31 maggio 1837 Dalloz, 38. 2 228), che una donazione di effetti negoziabili, senza altra designazione, non ha d' uopo dello stato annesso, allorchè dalle circostanze risulti che la donazione cirada meno su questi effetti che sulla somma di denaro ch'essi rappresentano e che valgono a riscuotere, e massimamente quando gli effetti sono stati trasmessi per la via della girata al donatario. Per esempio: Io vi dono 10.000 franchi in effetti negoziabili a sei mesi, che passo al vostro ordine e che voi passate immediatamente all' ordine d' un altro a titolo di prestito. Evidentemente io ho voluto donarvi soprattutto una somma di danaro, onde possiate farla valere all' istante mercè la negoziazione di cui è parola. D'altronde la girata è un mezzo di trasmissione al tutto efficace, indipendentemente dalla donazione, la quale altro non può che spiegarne la vera causa; è una donazione sotto forma di contratto oneroso B. Mouill.. II, pag. 85. (Troplong, n. 1247 e 1249).

(1) Questa tradizione fatta dal donante coll'intenzione di spogliarsi, a vantaggio del donatario, delle cose che formano l'oggetto, costituisce un dono manuale che non ha bisogno di essere comprovato per iscritto, e che forma pel donatario un titolo nuovo e distinto dal suo atto di donazione. Adunque, non puossi opporre in simil caso la massima: *Melius est non habere titulum quam habere vitiosum*. Duranton, VIII, 390. Vedi in senso contrario: Dalloz, *Giur. gen.* v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. V, n. 6. Del resto, va ben inteso che la nullità di un atto di donazione di cose mobili non si covre punto colla tradizione al donatario delle cose donate. Art. 1293.

586. Della diversità delle forme testamentarie, secondochè trattisi di testamenti fatti nel regno o di testamenti fatti in paese straniero. — 2. Della forma dei testamenti.—n, Generalità.

* Il Nazionale delle due Sicilie, trovandosi nel regno, non può testare che secondo le leggi del proprio paese.

Quando il Nazionale si trovi in paese straniero, è autorizzato a testarvi, sia nella forma olografa, sia in una delle forme autentiche stabilite dalle leggi dei paesi in cui egli si trovi (1). Art. 925. Il testamento fatto da un Nazionale in paese straniero, con le forme usitate in questo paese, rimane valido, malgrado il ritorno del testatore nelle due Sicilie ed in qualunque epoca egli venga a morire. Nondimeno, un simile testamento non può essere eseguito che dopo di essere stato registrato nell'uffizio del domicilio del testatore, se egli ne abbia conservato uno, o se no, nell'uffizio del suo ultimo domicilio conosciuto. Allorchè il testamento contenga delle disposizioni di immobili, dev'essere in oltre re-

Se dunque una parte soltanto di queste cose sia stata consegnata al donatario, il donante può, opponendo la nullità dell'atto di donazione, negarsi di far la consegna delle altre, Duranton, VIII, 391.

(1) Autorizzando i Nazionali, che trovinsi in paesi stranieri, a testare secondo le forme usitate in tali paesi, l'art. 925 non lascia loro però la facoltà di adottare indistintamente tutte le forme di testamento che potrebbero ivi essere usitate. Di fatti, questo articolo richiede che il testamento sia fatto per atto autentico, e non ammette così se non che in un modo ristretto la massima: *Locus regit actum*. Del resto, per determinare ciò che debbasi intendere per atto autentico nel senso dell'articolo 925, non conviene riportarsene alle disposizioni dell'art. 1271, il quale subordina l'autenticità alla presenza di un pubblico uffiziale, ma bisogna consultare le leggi del paese in cui il testamento sia stato fatto. Rouen. 21 luglio 1840. Sir., XL. 2, 516. Civ. rig. 6 febbraio 1843, Sir., XLIII, 1, 209. Conf. Ric. 30 novembre 1831, Sir., XXXII, 1, 51. * *Giurisprudenza Napolitana*. I. Il testamento Canonico fatto dal marchese D'Orazio de Attelis, nazionale del regno di Napoli, nella sua casa di abitazione nella città di Civitavecchia (Stato Pontificio) non può ritenersi come atto autentico nella forma praticata in quel paese, in cui tale atto era ricevuto; e nella deficienza di testamento olografo *di detto* Marchese nelle forme prescritte nello art. 895 leg. civ. non puossi l'asserta ultima volontà dichiararsi efficace nel nostro paese. Gran Corte di Napoli. 16 febbraro 1852. *Gazzetta dei Tribunali* anno 7 pag. 363.

* 2. Deve dirsi autentico, a' termini delle leggi Civ. art. 925, il testamento di un Napoletano in procinto di morte, ricevuto in Civitavecchia dal vice parroco di quella chiesa alla presenza di tre testimonii. Nè il testamento può giudicarsi nullo perchè fatto in Civitavecchia, dove esiste un notaio, giusta l'articolo 36 del *motu proprio* di Gregorio XVI, quando d'altra parte consti in fatto che il notaio, unico in quella città, era nella impotenza di prestare l'ufficio suo al moribondo testatore. Corte Suprema di Napoli 23 dicembre 1854. *Gazzetta dei Tribunali* anno 9 pag. 738.

gistrato nell'uffizio del luogo ove sieno situati i beni, senza che però possa venire esatto un doppio dritto. Art. 926.

Le regole dianzi stabilite pei testamenti fatti da Nazionali si applicano egualmente, quanto agli immobili situati nelle due Sicilie, ai testamenti fatti da stranieri in questo senso, che costoro sono al tempo stesso ed obbligati di conformarsi a tali regole ed autorizzati ad invocarle (1). Esse vi si applicano altresì in ordine a' mobili, quando il testatore, avendo stabilito il suo domicilio nel regno in virtù dell'autorizzazione del re, la sua successione debba essere considerata come ivi aperta (2). Se, in tali date circostanze, i tribunali potessero essere chiamati a statuire sull'effetto delle disposizioni testamentarie relative a cose mobili che uno straniero non domiciliato vi avesse lasciate, essi dovrebbero, per estimare la validità del testamento, riportarsene alla legislazione del paese di questo straniero (3).

587. Del divieto di racchiudere in un solo e medesimo atto le disposizioni testamentarie di più persone.

Un testamento non può racchiudere che le ultime volontà di un solo individuo (4). Ogni

(1) Ciò non può formar dubbio in quanto ai testamenti fatti in Francia; poichè la necessità o la facoltà di adoperare le forme prescritte dalla legge francese risultano ad un tempo stesso e dalla regola: *Locus regit actum*, e dalla situazione degli immobili. Quanto a' testamenti fatti in paese straniero, la proposizione enunciata nel testo è a parer nostro una conseguenza del non aver voluto il legislatore, in materia di testamento, ammettere in un modo assoluto la regola: *Locus regit actum*. A noi sembra di fatti egualmente possibile lo accordare al testamento, fatto da uno straniero in una forma non autentica, una efficacia di cui non godrebbe un testamento fatto da un Francese, e 'l negare al testamento olografo fatto da uno straniero l'efficacia di cui godrebbe quello che fosse stato fatto da un Francese. Confr. la dissertazione di Foelix sul conflitto delle leggi delle differenti nazioni, cap. III, senz. I, § 1, n. 40 a 51 (*Rivista straniera*, t. VII); Duranton, VIII, 218, e IX, 15.

(2) Questa proposizione, lungi dall'essere contraria alla regola: *Mobilia sequuntur personam*, non ne è che l'applicazione. Perchè il vero senso di questa regola si è, che i mobili appartenenti ad una persona, si reputano situati nel luogo del domicilio di questa persona. Di fatti, risulta da questa regola così intesa, che i mobili debbono, come gl'immobili, essere regolati dalla legge francese, quando lo straniero che gli abbia lasciati avesse fissato il suo domicilio in Francia. Civ. cass., 7 novembre 1826, Sir., XXVII, 1, 250. Riom, 7 aprile 1835, Sir., XXXV, 2, 374. Vedi altresì le numerose autorità citate nella discussione in conseguenza della quale fu pronunziato il primo di tali arresti.

(3) *Mobilia sequuntur personam*. Merlin, *Rep.*, v. Legge, § 6, n. 3. Confr. Civ. rig., 19 maggio 1830, Sir., XXX, 1, 325.

(4). La giurisprudenza di quasi tutti i parlamenti avea ammessi i testamenti *congiuntivi*. L'artic. 77 dell'ordinanza del 1735 ne proscris-

testamento (1), nel quale più persone ne avessero simultaneamente fatte delle disposizioni di ultima volontà, sarebbe nullo, sia che elleno avessero reciprocamente disposto l'una a vantaggio dell'altra, sia che avessero disposto a vantaggio di un terzo. Art. 893 e 927. Ma niente impedisce che più persone facciano, in favore l'una dell'altra, con atti separati, benchè nello stesso momento, disposizioni reciproche di ultima volontà (2).

588. Delle diverse forme di testamenti.

I testamenti sono o ordinarii o privilegiati.

I testamenti ordinarii sono quelli per mezzo dei quali ogni persona, capace di testare è autorizzata a disporre, qualunque sieno d'altronde la sua condizione e le circostanze in cui ella si trovi.

I testamenti privilegiati sono quelli che non possono essere validamente fatti se non da determinate persone, o in date circostanze particolari indicate dalla legge.

Il Codice civile ammette tre forme ordinarie di testare: il testamento olografo, il testamento per atto pubblico, e il testamento mistico (3). Art. 894 a 906.

se l'uso, a cagione delle numerose difficoltà alle quali dava luogo la loro esecuzione, eccettuando nondimeno da questa proibizione le divisioni tra figliuoli e discendenti, e le disposizioni tra coniugi ne' paesi in cui eglino potevano farsi delle donazioni scambievoli a causa di morte. Il Codice civile non ammette più veruna eccezione al divieto di che trattasi. Confr. articolo 1032; artic. 1031. Merlin, *Rep.*, v. Testamento congiuntivo.

(1) La disposizione proibitiva dell'art. 893 si applica tanto a' testamenti olografi, quanto agli altri testamenti. Brusselles, 18 luglio 1822, Merlin, *Rep.*, v. Testamento congiuntivo, n. I. *Pasicrisia belgica*, sotto questa data.

(2) Merlin, *Rep.*, v. Donazione, sez. XI.

* (3) *Diritto Romano.*— Siccome le eredità si deferivano dalla legge ai parenti del defunto, così i Romani pensavano che non si potesse cambiare siffatta disposizione se non con una nuova legge, specialmente perchè era loro massima che non vi fosse cosa tanto naturale quanto quella di disfare una cosa nello stesso modo con cui era stata fatta, *l.* 80, *ff de solut.*, § 1, *et ultim. instit. quib. mod. toll. oblig.*, *l.* 35, *l.* 100, *l.* 153, *ff de reb. iur.*, *l.* 1, *Cod. quand. liceat ab empl. reced.*, *nov.* 140, *cap.* 1. Ond'è che antichissimamente i testamenti facevansi ne' comizii alla guisa delle leggi § 1. *instit. de test. ordinand.* Questa è la ragione che eranvi molte leggi le quali esigevano che le instituzioni degli eredi si dovessero fare con parole imperative: imperciocchè i testamenti in tal modo fatti erano altrettante leggi *Lael. Felix apud Gell. Noct. Att. lib.* 15, *cap.* 27, *Bynkersh. obs. II*, 2, *p.* 113 e le leggi d'altronde si facevano con parole imperative *l.* 1, *l.* 7, *ff de legib.*, *Ulpian. fragm. tit.* 24, § 1. Questa è la ragione ancora per cui si trovano delle leggi le quali proibivano di poter deferire le eredità dei viventi con atti fatti tra privati; imperciocchè era massima che solamente la legge potesse deferire la eredità, *l. ult. ff de suis et legit. haer. junct. l.* 38, *ff de pact.*, *l.* 20, *ff de religios.*, le quali dispo-

I testamenti privilegiati, di cui il Codice civile si occupa in una sezione apposita, sono: il testamento militare, il testamento fat-

sizioni, sebbene avessero dovuto cessare col cambiamenti politici cui andarono soggetti i Romani, pure furono da Giustiniano rinnovate per altre ragioni, *l. ult. Cod. de pact.*, *l.* 35, § 1, *Cod. de inoff. test.*, *l.* 3, *Cod. de collat.*

** Una tale maniera di far testamento andò in disuso allorchè sopraggiunsero le leggi delle XII tavole, le quali accordarono ampla facoltà ai padri di famiglia di disporre per testamento delle proprie cose come più loro piaceva, *prin. instit. de leg. Falcid.*, *l.* 120, *ff de reg. jur.*, *nov.* 42, *cap.* 2; ma siccome regnava ancora la massima che le leggi sulla successione non si potessero togliere se non con altra legge, così i giureconsulti riconobbero necessario d'inventare un modo di far testamento, col quale salvare l'analogia di una tal massima. Finsero pertanto che l'eredità non si trasferisse con atto di ultima volontà, ma con una vendita immaginaria, colla quale un cittadino vendeva la sua eredità ad un altro cittadino il quale chiamavasi compratore dell'eredità « *emptor familiae* » in presenza di cinque cittadini romani, dell'*antestato* e del *libripende*, e questa maniera di testare chiamossi *per aes. et libram*, § *1. inst. de test. ordin.* Anche questo genere di testamenti andò in disuso quando il pretore cominciò a concedere il possesso dei beni in forza di quei testamenti i quali portavano il sigillo di sette testimonii § 2, *inst. eod.* L'uso in seguito e le constituzioni dei principi introdussero una nuova maniera di testare composta di tutte le antecedenti e furon distinti i testamenti in testamenti *solenni in iscritto*, ed in testamenti *solenni nuncupativi*. Sì gli uni che gli altri si potevano fare in forma mistica, o segreta, i primi per diritto civile *l.* 21. *Cod. de testamentis*, i secondi per comune opinione degl'interpetri passata in consuetudine. Se i testamenti erano scritti di mano del testatore chiamavansi *olografi*; ma non per questo il testatore era dispensato dall'usare le formalità dalle leggi prescritte, come in seguito si vedrà.

* I testamenti *solenni in iscritto* dovevansi fare per scrittura in un solo contesto, senza inserirvi dentro alcun atto estraneo nè alcun contratto § 3, *inst. de test. ord.*; *l.* 21, § *ultim. ff qui test. fac. poss.*, *l.* 20, *ff de verb. signif.* *l.* 28. *princ. Cod. de testam.* Ciò non ostante se il testatore avesse dovuto per una qualche necessità interrompere l'atto di testare, forse per prendere qualche medicamento, o fare altra cosa necessaria alla sua salute, non per questo potevasi dire che il testamento non fosse fatto in un solo contesto *l.* 28. *Cod. de testam.* Dovevansi eziandio sottoscrivere dal testatore, e se non sapeva, o non poteva scrivere, dovevasi pregare un testimonio non compreso nel numero prescritto, il quale si sottoscrivesse pel testatore *l.* 21, *Cod. de testam.*, e se il testatore aveva egli scritto di suo pugno tutto il testamento, non era necessario che lo sottoscrivesse *l.* 28, § 1, *Cod. eod.* Giustiniano aveva aggiunto che il testatore dovesse ancora scrivere di proprio pugno il nome dell'erede § 4. *inst. de testam. ordin.*, *l.* 29, *Cod. de testam.*, ma dopo tolse una tale solennità *nov.* 119, *cap.* 9.

* Nei testamenti *solenni in iscritto* erano necessarii sette testimonii puberi e cittadini romani § 3, *inst. de testam. ordin.*, i quali dovevano essere pregati a stare presenti di spontanea loro volontà dal principio

to in tempo di peste, e il testamento fatto sul mare. Art. 907 a 924. Si possono ancora noverare nella classe dei testamenti privi-

sino al fine del testamento *l.* 20, § 8, *et ult.*, *l.* 21, § *penult. ff qui test. fac. poss.*, *l.* 21, *Cod. de test.* § 3, *inst. de test. ordinand.*, e ciò ad imitazione dei testamenti che si facevano nei comizi, nei quali si pregavano i cittadini romani a voler approvare la volontà del testatore, *Heinecc. Antiq. Roman. sec. ord. inst. lib.* 2, *tit.* § 2. Dippiù dovevano vedere il testatore, ma non importava che avessero inteso il di lui linguaggio, bastava che avessero saputo a qual fine erano stati pregati *l.* 9, *Cod. de testam.*, *l.* 20, § *pen. ff qui test. fac. poss.* Dovevano sottoscrivere il testamento, ed apporvi ognuno il proprio sigillo, o d'altrui, o anche del testatore, oppure far uso di altro istrumento § 5, *inst. de test. ordin.*, *l.* 22, § 2, 4, 5, *l.* 30, *ff qui test. fac. poss. l.* 12, *Cod. de testam.* Poco importava che il testamento fosse scritto piuttosto in una lingua che in un'altra *l.* 21, § *ult. Cod. de testam.*, in carta, in cera, o in membrana, o in qualunque altra materia § 12, *inst. de test. ordin.*, *l.* 1, *l.* 4, *ff de bon. poss. sec. tabul.*: bastava che le parole fossero scritte per intero, e non per abbreviatura *l.* 6, § *ult. ff de bonor. poss.*

* I testamenti *solenni nuncupativi* si facevano come i *solenni in iscritto*, salvo che invece della scrittura, il testatore nominava a voce l'erede; i testimonii non si sottoscrivevano, nè apponevano il sigillo, ma nondimeno il testamento si doveva fare in un solo contesto, in presenza di sette testimonii puberi cittadini romani, i quali dovevano essere pregati, e dovevano stare presenti a tutto l'atto, vedere il testatore, ed intendere ciò che egli diceva § *ult. inst. de test. ordin.*, *l.* 21, *princ. et* § 2, *ff qui test. fac. poss.*, *l.* 21, § 2, *l.* 26, *Cod. de testam.*

* Era utile questo modo di fare testamento perchè si faceva in poco tempo, *arg. l.* 40, *ff de test. milit.*, e perchè ancora se alcuno avesse voluto usare tutte le solennità del testamento *scritto*, ma ne avesse lasciata qualcuna riguardante la scrittura, poteva sostenersi l'atto come testamento *nuncupativo* se il testatore aveva manifestata a voce la sua volontà, purchè però non avesse protestato di volere testare *in iscritti*, *arg. l.* 3, *ff de testam. milit.*, *l.* 14, *Cod. de test.*; *arg. l.* 1, *ff de jur. codicill.* I testamenti *nuncupativi*, allorchè erano stati fatti come sopra, potevansi ridurre in iscritto dal testatore, o da altri, e farli sottoscrivere dai testimonii, e rimanevano tuttavia testamenti *nuncupativi*, se però si fosse fatto ciò onde con facilità non fosse venuto a mancare la prova, *arg. l.* 12, *Cod. de test.*; che se il testatore si fosse riferito ad una qualche scheda, o scrittura, non avrebbe con ciò fatto un testamento *nuncupativo*, perchè non si sarebbe potuto dire che avesse nominato a viva voce l'erede, presenti ed intelligenti i testimonii, conforme le leggi prescrivevano *l.* 21, *ff qui test. fac. poss.*, *l.* 21, § 2, *l.* 26, *Cod. de test.* Per questa ragione io sono di sentimento che un testamento *nuncupativo* non si sarebbe realmente potuto fare in forma segreta, stando alle leggi romane, comunque si fosse introdotta una consuetudine la quale ti approvava come già di sopra dissi.

* *Dritto Sicolo.*—Secondo il cap. 36 delle Consuetudini di Palermo non altrimenti potevano redigersi i testamenti che per mano di pubblico notaio, colle soscrizioni del legittimo numero di testimonii degni

legiati quelli che sono fatti nella campagna (1).

I diversi testamenti che abbiamo ora enumerati non differiscono tra loro che sotto il rapporto della forma. Essi sono tutti soggetti alle stesse regole, in quanto concerne la natura e l'estensione delle disposizioni che possono racchiudere, e godono, in generale, della stessa efficacia. Confr. nondimeno art. 933 e 934, 927 e 928.

589. Delle disposizioni legislative che regolano la forma dei testamenti. — Del modo onde le formalità testamentarie debbono essere adempite, e delle conseguenze della loro inosservanza.

1. La forma dei testamenti consiste nel complesso delle formalità prescritte dalla legge per la validità delle dichiarazioni di ultima volontà.

Il Codice civile regola in un modo compiuto tutto ciò che è relativo alla forma dei testamenti olografi e degli atti destinati ad essere convertiti in testamenti mistici. Esso contiene egualmente alcune disposizioni relative alla forma de' testamenti per atto pubblico e degli atti di soprascrizione dei testamenti mistici. Ma, siccome queste disposizioni non costituiscono un sistema compiuto di legislazione sulla materia, è d'uopo combinarle con quelle della legge del 23 novembre 1819 sulla compilazione degli atti notarili in generale, ed osservare simultaneamente le une e le altre.

Un testamento rivestito delle formalità richieste dalla legge in vigore nel momento della sua formazione, rimarrebbe valido, anche quando una legge novella venisse, vivente il testatore, a prescrivere altre formalità.

2. Le disposizioni che hanno per oggetto il tracciare le formalità de' testamenti debbono essere interpretate conformemente al fine particolare che il legislatore si ha proposto di raggiungere, regolando la forma di ciascuna specie di testamento. Questo fine è stato lo assicurarsi, quanto a' testamenti olografi, che essi sieno l'opera del testatore soltanto; quanto a' testamenti pub-

di fede, e colla indicazione del tempo, cioè giorno, mese ed anno in cui fossero stati fatti.

* Il numero dei testimoni richiesto nei testamenti nuncupativi era quello di sette, non richiedendosi che cinque testimoni nelle donazioni *causa mortis*, e nei codicilli. I testimoni poi dovevano col testatore, codicillatore o donante soscrivere l'atto di ultima volontà; che se alcuni di loro non sapessero scrivere, allora bastava che quattro almeno soscrivessero di propria mano il testamento, tre il codicillo, o donazione causa mortis, ed alcuno di essi si soscrivesse tanto in suo nome, che a nome degli altri testimonii, i quali non sapessero o non potessero scrivere. Le stesse solennità si richiedevano nelle revoche di tali ultime volontà: ma nei testamenti solenni era assolutamente necessario che tutti i testimonii si sottoscrivessero.

(1) Vedi art. 900. Le particolarità che riguardano questi testamenti saranno spiegate ad occasione dei testamenti per atto pubblico.

blici, che sieno compilati tali quali sono stati dettati dal testatore; e quanto a' testamenti mistici, che non siavi stata sostituzione di un atto falso all' atto che il testatore ha inteso di presentare come contenente le sue ultime volontà.

3. Le disposizioni che regolano la forma di ciascuna specie di testamento non debbono essere estese a' testamenti di un'altra specie. Così, per esempio, non si possono applicare a' testamenti privilegiati, e neppure agli atti di soprascrizioni concernenti i testamenti pubblici (1).

4. La pruova dell' osservanza delle formalità, prescritte per la validità di un testamento, deve risultare dal testamento medesimo. Essa non può farsi risultare da altri atti. A maggior ragione, non sarebbe altri ammesso a stabilirla per testimonii (2).

5. Quando la legge esige che sia fatta menzione dell' adempimento di una formalità, non basta che risulti, dallo stato materiale del testamento, essere stata questa formalità adempiuta. Se non che sul proposito hanno luogo le seguenti eccezioni:* 1. Se siasi omesso di far menzione espressa di essere stato scritto il testamento di carattere del notaio cui fu dettato, tal mancanza non nuocerà alla sua validità, quando costi legittimamente che sia stato in realtà scritto dal notaio medesimo. — 2. Se siasi omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notariale, alla cui mancanza secondo lo stesso regolamento non è annessa pena di nullità. Ma non è necessario che le menzioni di tale natura sieno fatte con le stesse parole di cui la legge si è servita per prescriverle. Queste parole possono essere sostituite da altre purchè le espressioni che vi fossero state sostituite sieno del tutto equipollenti, vale a dire, che esse rendano in un modo perfetto la sostanza di ciò che è stato l'oggetto delle parole adoperate dalla legge (3).

6. L'adoperamento di formalità inutili o sovrabbondanti non vizia un testamento d'altronde regolare. Lo stesso è quando ancora queste formalità non potrebbero, nel caso in cui si supponessero necessarie, essere considerate come validamente adempiute. Così, per esempio, l'assistenza di un numero di testimonii maggiore di quello che è richiesto dalla legge non vizia il testamento, il quale rimane valido, malgrado l' incapacità di qualcuno tra essi, ove, fatta diffalcazione dei testimoni incapaci, rimanga un numero sufficiente di testimoni capaci (4).

7. L' inosservanza di una formalità, prescritta per la validità

(1) Grenier, I, 278. Duranton, IX, 150.

(2) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 1, art. 6, n. 10.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 1, art. 6. n. 10, e § 2, art. 4, n. 2, 3 e 4. Toullier, V, 413, e 428 e seg.

(4) *Superflua non nocent. Utile per inutile non vitiatur.*

di un testamento, produce la nullità del testamento in tutto il suo contenuto. Avviene lo stesso, allorchè la formalità prescritta dalla legge non sia stata adempita che in un modo irregolare o incompiuto. Art. 927, comb. art. 26 e 27 della menzionata legge del 23 novembre 1819 nel modo come sono stati modificati dal decreto del 1828.

8. Il testatore non può confermare un testamento nullo nella sua forma, mediante un atto posteriore, benchè rivestito di tutte le formalità richieste per la validità dei testamenti. Egli è obbligato, in simil caso, di rifare per intero le sue disposizioni di ultima volontà (1). Arg. articolo 1293. Ma gli eredi, i quali abbiano eseguito un testamento nullo nella forma, non sono più ammessi ad impugnarlo, allorchè l'esecuzione ne abbia avuto luogo con cognizione di causa (2). Colui che opponga all'azione di nullità di un testamento un'eccezione desunta dalla esecuzione data a questo atto, è tenuto di provare che siffatta esecuzione abbia avuto luogo con conoscenza dei vizi ond'esso era infetto. Nondimeno se trattisi di un vizio apparente, basterà il provare che l'attore nell'azione di nullità aveva presa inspezione del testamento prima di eseguirlo (3). Del resto, l'erede contro il quale si provasse chè egli aveva conoscenza, in fatto, del vizio sul quale egli fonda la sua azione di nullità, non dovrebb'essere facilmente ascoltato, se pretendesse di avere eseguito il testamento sol per effetto di un errore di dritto (4), e sarebbe in tutti i casi tenuto a provare la realtà di questo errore.

590. Del modo onde le ultime

(1) Ammettere che si possa, con un atto rivestito delle formalità prescritte pe' testamenti, confermare, senza riprodurle, disposizioni contenute in un testamento nullo nella forma, sarebbe lo stesso che ammettere che si possa testare col semplice riportarsi ad un atto anteriore: il che non è sostenibile. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 1, art. 4. Besanzone, 19 maggio 1809, Sir., 2, 331. Torino, 19 marzo 1810, Sir., XI, 2, 57.

(2) Arg. art. 1294. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 5. Grenier, I, 325. Duranton, IX, 174, Solon, *Trattato delle nullità*, II, 411; Vazeille, sull'art. 927, n. 9. Ric. rig., 13 marzo 1816, Sir., XVI, 1, 425. Tolosa, 18 maggio 1823, Sir., XXIV, 2, 304. Pau, 27 febbraio 1827, Sir., XXVIII, 2, 223. Ric. rig., 5 febbraio 1829, Sir., XXIX, 1, 196. Nimes, 28 gennaio 1831, Sir., XXXI, 2, 292. Montpellier, 22 aprile 1831, Sir., XXXII, 2, 620. Civ. cass., 24 luglio 1839, Sir, XXXIX, 1, 653. Caen, 15 febbraio 1842, Sir., XLII, 2, 199. * Confronta in questo senso: Decisione della gran Corte di Palermo del 18 settembre 1840. *Raccolta*, vol. 2, pag. 784, di Napoli 13 settembre 1851. Gazzetta anno 6 pag. 570; e 15 aprile 1853; Gazzetta anno 8 pagina 203.

(3) Duranton, IX, 174. Confr. gli arresti citati nella nota.

(4) In effetti, due motivi possono aver determinato l'erede ad eseguire il testamento: l'errore di dritto, e l'intenzione di onorare la memoria del defunto adempiendo le sue ul-

volontà del testatore debbono essere espresse. Della lingua in cui i testamenti possono o debbono essere compilati.

Ogni atto testamentario deve contenere l'espressione delle ultime volontà del testatore. Un testamento nel quale il testatore non avesse enunciate le sue disposizioni che mediante un semplice rimando ad un atto sfornito delle formalità richieste dei testamenti, sarebbe nullo, ancorchè quest' atto fosse firmato dal testatore (1). Dovrebb' essere lo stesso del testamento in cui un testatore si fosse limitato a rinviare in un modo generale, onde regolare la sua successione, alle disposizioni di un'antica consuetudine (2). Del resto, niente impedisce che il testatore faccia rivivere, mercè una semplice dichiarazione compilata nella forma degli atti di ultima volontà, un testamento anteriore in buona forma, a cui un avvenimento qualunque, od anche un testamento intermedio, avesse tolta tutta la sua forza (3).

Il testatore non è astretto ad adoperare alcuna formola, nè alcuna espressione sacramentale. Così, egli può fare un legato, sia in termini imperativi, sia sotto la forma di una preghiera o di una semplice raccomandazione (4). Così ancora, egli può servirsi indistintamente delle voci di istituzione di erede, di legato, o di donazione, senza che la scelta dell'una o dell'altra di tali espressioni, quando ancora fosse impropria, influisca sulla validità o sugli effetti delle sue disposizioni, purchè d' altronde le parole di cui abbia fatto uso indichino manifestamente l' intenzione di disporre a causa di morte. Artic. 928. Quanto alla persona dei legatarii, o alle cose legate, egli può indicarle, sia coi loro nomi o coi caratteri materiali che ne determinano l' individualità, sia con dimostrazioni o descrizioni (5).

I testamenti olografi possono essere scritti, così in italiano, che nella lingua madre del testatore, o in qualunque altro idioma straniero (6). Per contrario, i testamenti pubblici e gli atti di soprascrizione dei testamenti mi-

time volontà. Or siccome l'errore di dritto non si presume, così convien supporre che il secondo motivo sia quello che abbia diretto l'erede. Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 5, n. 3.

(1) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 1, art. 4, n. 1, 3, 4 e 5. Duranton, IX, 12. Vazeille, sull'art. 894, n. 4. Poitiers, 10 agosto 1832, Sir., XXXII, 2, 433.

(2) Arg. art. 1344.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 1, art. 4, n. 2. Ric. rig., 4 dicembre 1811, Sir, XII, 1, 129.

(4) Merlin, *Rep.*, v. Legato, sez. II, § 2. Angers, 7 marzo 1822, Sir., XXII, 2, 181. Confr. Parigi, 12 aprile 1833, Sir., XXXIII, 2, 306.

(5) Ci limiteremo a rinviare, quanto a ciò, ove questa proposizione è stata più ampiamente sviluppata, quantunque sotto un rapporto differente da quello sotto di cui è stata enunciata nel presente paragrafo.

(6) Bordeaux, 26 gennaio 1829, Sir., XXIX, 2, 236.

stici debbono, sotto pena di nullità, essere compilati in italiano.

591. Della firma del testatore e dei testimoni.

Firmare un atto è apporvi il proprio cognome, vale a dire, tutte le lettere alfabetiche che compongono questo cognome. Non si può dunque, in generale, reputare che altri abbia firmato un atto, nè quando egli l'abbia semplicemente sottoscritto col suo nome, o colle lettere iniziali del suo cognome o del suo nome, nè quando, in luogo del proprio cognome, vi abbia apposto o il cognome di una famiglia a cui egli non appartenga, o il nome di una terra che ei possegga o un soprannome (1).

Nondimeno, una firma irregolare o incompiuta deve per eccezione, essere considerata come sufficiente, quando sia provato che la persona, a cui essa si attribuisce, firmava abitualmente nella stessa maniera gli atti pubblici o privati, e quando l'identità di questa persona sia d'altronde costante (2). Così, per esempio, la firma di un vescovo, benchè consistente soltanto nelle lettere iniziali dei suoi nomi, precedute da una croce e seguite dalla indicazione della sua dignità, dovrebb'essere dichiarata valida, se, conformemente all'uso ancor serbato da' vescovi, il sottoscrittore avesse, dalla sua promozione al vescovato, adottata questa maniera di firmare (3). Così pure, gli errori di ortografia, o l'omissione di una o di più lettere, non viziano necessariamente una firma (4).

Quanto alla quistione, se caratteri illegibili, presentati come formanti la firma di una data persona, costituiscano realmente siffatta firma, essa non può essere risoluta che mediante il confronto di questi caratteri con firme non impugnate della stessa persona (5).

Una semplice croce o segno non può, in alcun caso, equivalere ad una firma (6).

592. Della scelta tra le diffe-

(1) Ricard, *delle Donazioni*, parte 1. cap. IV, sez. VII. Merlin, *Rep.*, v. Sottoscrizione, § 3, art. 4 e 5. Toullier, V, 373 e seg. Grenier, I, 227.

(2) Merlin, *op. e luogo cit.* Grenoble, 7 aprile 1827. Dalloz, XXIX, 1, 138. Civ. rig., 10 marzo 1829, Sir., XIXX, 1, 173. Nancy, 10 marzo 1831, Sir., XXXI, 2, 182. Confr. Crim. cass., 30 gennaio 1824. Sir., XXIV, 2, 225. Vedi pure la nota seguente.

(3) Pau, 13 luglio 1822, Sir., XXII, 2, 337, Ric. rig., 23 marzo 1824, Sir., XXIV, 245. Siffatta quistione, la quale era stata di già elevata all'occasione del testamento olografo di Massillon segnato così: J. B., vescovo di Clermont, era stata risoluta in prima istanza nel senso indicato nel testo. In grado di appello, le parti transigettero. Vedi: Merlin, *op. e luogo cit.*; Toullier, V, 374.

(4) Bordeaux, 5 maggio 1828, Sir., XXVIII, 2, 330. Ric. rig., 4 maggio 1841, Sir., XLI, 1, 442.

(5) Merlin, *Rep.*, v. Sottoscrizione, § 3, art. 6.

(6) Merlin, *Rep.*, v. Sottoscrizione, § 1, n. 8 Brusselles, 27 gennajo 1807. Sir., VII, 2, 249. Colmar, 4 marzo 1817, Sir., XVIII, 2, 104.

renti forme di testamenti.

Ogni persona, capace di disporre con atto di ultima volontà, può, in generale, testare a sua scelta, nell'una o nell'altra delle forme ordinarie dei testamenti, purchè d'altronde ella possegga le qualità e le cognizioni richieste per quella fra tali forme nella quale intenda di disporre. Così, per esempio, un cieco di nascita o un sordo-muto possono fare un testamento olografo, allorchè essi sappiano scrivere (1). Ma il sordo-muto non può testare con atto autentico (2). Se però una persona affatto sorda sappia parlar e leggere, benchè non sappia o non possa firmare, potrà testare per atto pubblico, purchè se ne faccia alla stessa in seguito la lettura; Decr 21 giugno 1842. Quanto ai testamenti mistici, essi non possono esser fatti che da persone le quali abbiano appreso a leggere, e le quali, nel momento della confezione del testamento, godano ancora della vista (3).

(1) Guilhon, I, 103 e seg. Grenier, I, 284 e 285. Merlin, *Rep.*, v. Sordo-muto, n. 3. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. V, n. 2. Colmar, 17 gennaio 1815. Sir., XV, 2, 265. Bordeaux, 16 agosto 1836, Sir., XXXVII, 2, 468. Confr. Liegi, 12 maggio 1809, Dalloz, *op. e v. cit.*, p. 226.

(2) Arg. art. 897. Duranton, IX, 83. Dalloz, *op. e v. cit.*

(3) Art. 904. Vedi, sulla prova della cecità dell'autore di un testamento mistico o della sua incapacità di leggere lo scritto a mano: Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 3, numeri 6 e 7.

B. SPECIALITÀ SULLE DIVERSE SPECIE DI TESTAMENTI.

1. DEI TESTAMENTI ORDINARII.

2. DEI TESTAMENTI PRIVILEGIATI.

593 a. Del testamento olografo (1). — Delle formalità di questo testamento. — b. Specialità sulle diverse specie di testamen-

(1) Bibliografia. — *Trattato del testamento olografo secondo il Codice napoleone*, di M. J. Grebel (opera tedesca); Coblentz, 1813. — Fonti. I testamenti olografi erano stati ammessi in quasi tutti i paesi di dritto consuetudinario. Per contro, nei paesi di dritto scritto essi non erano, in generale, validi, se non che fra i limiti segnati dalla novella 107, vale a dire, per le disposizioni di beni fatte da un padre tra' suoi figliuoli. Invaghito de' vantaggi che questi testamenti offrono, e volendo renderne l'uso generale per tutta la Francia, il guarda-sigilli Marillac inserì una disposizione espressa a questo proposito nell'art. 126 dell'ordinanza del mese di gennaio 1629, conosciuta sotto il nome di codice Michaud. Ma la più parte dei parlamenti di dritto scritto avendo ricusato di registrare quest'ordinanza, o non avendola registrata, per quanto riguarda l'articolo 126, se non che sotto la restrizione risultante dalla novella 107, la disposizione di tale articolo rimase col fatto senza esecuzione nell'ambito giurisdizionale di questi parlamenti. Quanto all'ordinanza del 1735, essa lasciò le cose nello stato in cui le trovò. I compilatori del Codice credettero di dover consacrare il cambiamento di legislazione che Marillac invano aveva tentato: e non si può se non applaudire al partito che essi presero relativamente a ciò. La esperienza ha cagionati i testamenti olografi dal rimprovero che erasi lor fatto, di facilitare i tentativi di suggestione ed anche di falsificazione. Del resto, ecco le principali ragioni che militano in favore di questa forma di testare. Un morIente, che voglia disporre dei suoi beni, può trovarsi nell'impossibilità di ricorrere ad un notaio ed a testimoni, per farlo in una forma autentica. D'altronde, negare ad un ammalato la facoltà di testare nella forma olografa, è lo stesso che incoraggiare tutti coloro, i quali avessero interesse che egli non facesse alcuna disposizione, a tenerlo in qualche maniera in ceppi sotto il loro arbitrio. Finalmente, convien lasciare a' testatori il tempo necessario per bene esaminare i loro testamenti, per leggerli e rileggerli a proprio agio, e per modificarli o riformarli tostochè essi lo stimino a proposito.

II.— 1. Dei testamenti ordinarii. Il testamento olografo dev'essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore. Art. 895. La mancanza dell'una o dell'altra di queste formalità produce la nullità del testamento in tutto il suo contenuto. Art. 927. Così:

1. Un testamento olografo è nullo, allorchè vi si trovino una o più parole di una mano straniera; eccetto se queste parole non facciano parte del testamento, o vi sieno state aggiunte senza la saputa del testatore (1). Esso è egualmente nullo, se il testatore non abbia potuto scriverlo che facendosi guidare la mano da un terzo (2).

2. Un testamento olografo è nullo, allorchè non sia datato, vale a dire, allorchè non porti l'indicazione precisa del giorno del mese e dell'anno in cui sia stato compilato (3). La falsità

(1) Pothier, *Delle Donazioni testamentarie*, cap. 1, art. 2, § 2. Delvincourt, sull'art. 895. Toullier, V, 358. Duranton, IX, 27. Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 4, art. 3, n. 3, ag. Trop., n. 1468

(2) Non si potrebbe dire in somigliante caso che il testamento sia scritto di mano del testatore. D'altronde, l'intervento di un terzo alla compilazione di un testamento olografo è contrario alla essenza di un tal testamento.

* Avvegnachè la partecipazione di un terzo sia proscritta nella confezione d'un testamento olografo, bisogna però non abusare di questa verità la quale si applica unicamente al caso in cui la partecipazione si manifesti nell'atto stesso della celebrazione mediante un' usurpazione del ministero che al solo testatore appartiene. Ma nulla avrebbe di condannevole, se consistesse in fatti lontani, indiretti, che non potessero per sè medesimi far dubitare della indipendenza di mente e della pienezza di volontà del testatore.

* Così accade tutti i giorni che un uomo digiuno di scienza giuridica, temendo d'ingannarsi sulla espressione legale delle sue ultime intenzioni, si fa dare un modello di testamento e lo copia. Ella è cosa legittima quanto usuale: il terzo non ha fatto che dare un consiglio e rammentare una regola; ma il testatore, conformandosi a quella, è pure stato il solo ministro del testamento.

* Ecco qualche cosa di più.

* Un cieco può adoperare un soccorso officioso per regolare la sua scrittura; questa assistenza estranea è permessa ond' egli possa conservare la misura ed il livello delle linee, posar la mano, farla avanzare e discendere, segnare i punti e rinnovar l' inchiostro; sono questi dei soccorsi materiali, i quali non tolgono alla volontà del testatore la sua potenza indipendente. Il terzo che presta il suo ausilio è un agente secondario, meccanico ed ubbidiente; all'opposto, il vero ministro dell'atto è il testatore; egli vi pone il suo sforzo, la sua azione riflessiva, la sua personale volontaria partecipazione! Solo potrebbe decidersi il contrario, ove egli fosse stato affatto passivo, se la sua mano fosse stata interamente condotta da una direzione estranea e se dal complesso de' fatti fosse provato ch'egli fosse stato guidato come un docile istrumento. (Troplong, n. 1469 e 1470).

(3) Merlin, *Rep.*, *v.* Testamento, sez. II, § 1, art. 6, n. 3. Rouen, 13 novembre 1838, Sir., XXXIX, 2, 16. Nondimeno, l'indicazione espressa del mese non è sempre indispensabile. Potrebbesi per esempio, riguardare come valido un testamento che

della data, ovvero l'omissione di una delle indicazioni di cui essa si compone, dev'essere, in generale, assimilata alla mancanza assoluta di data (1). Non per tanto, una data erronea o incompiuta può essere considerata come regolare, quando sia evidente che il vizio che essa presenta sia il risultamento di una semplice inavvertenza da parte del testatore, e vi sieno nel testamento medesimo enunciazioni o elementi materiali che rettifichino la data e la stabiliscono in una maniera certa e necessaria (2). Del rimanente, la indicazione del giorno, del mese e dell'anno può essere surrogata o supplita da enunciazioni perfettamente equipollenti, vale a dire, che stabiliscano in un modo del pari preciso la data del testamento (3).

3. In fine, un testamento olografo è nullo, allorchè non sia regolarmente firmato dal testatore (4).

Le formalità che abbiamo enumerate sono le sole la cui inosservanza produce la nullità di un testamento olografo. Da ciò derivano, tra le altre, le conseguenze seguenti:

Un testamento olografo può es-

fosse datato *del* 1. *dell'anno* 1840, Merlin, *op. e luogo cit.* Toullier, V, 365.

(L'errore nella data di un testamento olografo lo rende nullo, se non possa essere rettificato dalle circostanze o dalle enunciazioni contenute nel testamento medesimo, in modo da non lasciare alcun dubbio sulla vera data di tal testamento. E lo stesso dell'antidata materialmente provata. Brusselles, cass., 4 dicembre 1824, *Giur. di B.*, 1824, 1, 183. *Giur. del XIX secolo*, 1828, 2, 19, 286. Vedi: Merlin, *Rep.*, *v.* Testamento, sez. II, § 1, art. 6; Dalloz, X, 287 e 395, *Giur. del XIX secolo* 825, 2, 2).

(1) Merlin, *op. e v. cit.*, sez. II, §, 1, articolo 6, num. 10. Duranton, IX, 35. Grenier, 1, 228. Liegi, 22 febbraio 1812. Sir., XIII, 2, 336. Corte suprema di Brusselles, 4 dicembre 1823. Sir., XXV, 2, 286. Ric. rig., 26 dicembre 1832, Sir., XXXIII, 1, 11, Ric. rig., 9 gennaio 1839, Sir., XXXIX, 1, 463.

(2) Il concorso di tutte queste circostanze è richiesto, perchè una data incompiuta o erronea possa essere considerata come regolare. Merlin, *op. e luog. cit.* Toullier, V. 341. Duranton, IX, 36. Grenier, I, 228 *bis*. Ric. rig., 12 febbraio 1818, Sir., XVIII, 1, 176. Ric. rig., 19 giugno 1812, Sir, XXI, 1, 339. Brusselles, 4 dicembre 1825, Sir., XXV, 2. 286. Ric. rig., 1 marzo 1832, Sir., XXXII, 1, 266. Ric. rig., 9 maggio 1833, Sir., XXXIII, 1, 537. Ric. rig., 3 gennaio 1838, Sir., XXXVIII, 1, 182. Vedi in particolare, sul caso in cui una delle cifre componenti il millesimo sia stata omessa: Tolosa 12 agosto 1824, Sir., XXV, 2, 381; Colmar, 16 luglio 1828, Sir., XXIX, 2, 134; Ric. rig., 2 marzo 1830, Sir., XXX, 1, 231.

(3) Così per esempio, se il testatore avesse datato il suo testamento del giorno di una data festa, od anche del giorno di qualche avvenimento comprovato da un atto dello stato civile, il testamento dovrebbe considerarsi come sufficientemente datato. Merlin, *op. e luogo cit.* Toullier. V. 365. Duranton, IX, 30.

(4) Confr. sulla firma de' testamenti, in generale, quanto si disse nel penultimo §.

sere compilato nella forma di una lettera missiva (1), e quindi in carta comune e non da bollo, ovvero inserito in un libro domestico...

(1) Toullier, V, 379. Grenier, I, 228. Duranton, IX, 26. Confr. Ric. rig., 24 giugno 1828, Sir., XXVIII, 1, 434. Brusselles, 19 agosto 1807, Sir., 2, 334.

* Ciò ne mena a dire in un modo più generico che ogni scritto qualunque, lettera o altro, il quale fosse presentato come contenente le ultime disposizioni d'un individuo, non potrebbe considerarsi come testamento olografo, salvo qualora si riferisse ad un'epoca posteriore alla sua morte, qualora fosse stato fatto in vista della morte, a dir breve, nell'intenzione di testare.

* Senza questa intenzione manifestata, l'atto dovrebbe considerarsi come contenente una donazione fra vivi. Ascoltiamo Voet: « *Necesse videtur ut aliqua in donando mortalitatis mentio fiat.* Nel dubbio, si presume che la donazione è tra vivi piuttosto che a causa di morte. Menochio insegna assai dottamente: *Cum nulla mortis mentio facta est in donatione, illa censetur donatio inter vivos, sicut omnes scribunt: et quando vere sumus in dubio, praesumitur potius donatio inter vivos quam causa mortis. Extenditur haec sententia ut habeat locum, etiam quando ab infirmo et aegrotante facta est; nam si nulla facta est mortis mentio, praesumitur inter vivos.* » Tal è del pari l'avviso di Furgole, e bisogna seguirlo, pur badando di non lo esagerare.

* Di qui segue che l'atto di cui favelliamo, non essendo un testamento, poichè non si riporterebbe alla morte, non potrebbe valer tampoco come disposizione fra vivi; giacchè non sarebbe rivestito delle solennità volute dalla legge. Così fu giudicato con un arresto della Corte di cassazione reso sulle uniformi conchiusioni di Merlin il 6 termidoro anno XIII.

* Un altro arresto del 5 febbraio 1823 corroborò questa giurisprudenza, rigettando il ricorso avverso un arresto di Caen dell'11 luglio 1820, il quale avea deciso che una carta scritta, datata e firmata di mano di Hébert, e contenente queste parole;—Dono a Maria Caterina Lefrancois tutto ciò che posseggo — non era punto un testamento; giacchè nulla indicava che quell'atto si riferisse alla morte, sebbene il testatore fosse trapassato quattro giorni dopo averlo scritto. Tutto vi era in tempo presente, il soscrittore donava attualmente e pel tempo in cui non esisterebbe più.

* Ma, se lo scritto contenga delle parole che alla morte si riferiscano, fannosi prevalere altre idee. Così uno scritto il cui autore dichiara di donare i suoi mobili alla sua domestica, *se starà ancora al servigio di lui nel tempo della sua morte*, è un testamento.

* *Giurisprudenza napoletana.* — 1. Il testamento olografo può farsi con lettera missiva. È indifferente esservi scritta la data nel principio o nel fine. Corte Suprema 26 giugno 1847 *Gazzetta dei Tribunali* anno 3 pagina 294.

* 2. Una lettera scritta ad un amministratore ed al medesimo neppure spedita, in cui si dica di voler largire una parte delle proprie rendite per istituire due ospedali, non può valere come donazione tra vivi, e neppure come testamento olografo, quando vi mancano le condizioni comuni ad ogni sorta di testamento. Corte Suprema, 13 febbraro 1851. *Gazzetta dei Tribunali* anno 6 pagina 369.

* 3. Ritenuto in fatto che una lettera missiva contenga non un semplice progetto di un atto *de futu-*

mestico (1). Può essere scritto sopra fogli staccati, e il complesso di questi fogli dev' essere riguardato come formante un solo e medesimo testamento. quando esista tra essi un legame necessario (2).

Le parole ricalcate o messe tra un verso e l'altro, scritte che sieno di mano del testatore, sono valide. Gli spazii in bianco che egli abbia lasciati nel corpo della scrittura non viziano il testamento. Le cancellature o le annotazioni non hanno bisogno di essere approvate (3).

ro, ma un atto che il suo autore intendeva perfezionare de' *praesenti* e che sia non un atto tra vivi ma una disposizione testamentaria, in quanto che doveva avere il suo effetto dopo la morte del disponente; una tale disposizione per *epistolare* ove offra tutte le condizioni richieste per la validità di un testamento olografo, non può dirsi vietata dalle leggi diverse. Gran Corte civile di Napoli, 23 giugno 1852. *Gazzetta dei Tribunali* anno 7 pag. 371.

* 4. Per le leggi in vigore un testamento olografo va ben fatto con una lettera missiva. Ma perchè valga come tale, bisogna che in essa concorrino tutti i caratteri giuridici e sostanziali d' una disposizione a causa di morte, cioè a dire, che il suo autore dichiari in una maniera certa e non equivoca di voler disporre pel tempo in cui avrà cessato di vivere.

* Se questa volontà non risulti chiara dalle parole dell'atto, illegalmente i giudici di merito ricorrono alla interpretazione per supplirla, aggirandosi allora la quistione non intorno alla interpretazione dell'atto, ma alla sua definizione.

* Indarno anche in tal caso si fa ricorso alla regola di dritto, secondo la quale un atto capace di due sensi, debba intendersi in quello che valga, piuttosto che in quello in cui non produrrebbe alcuno effetto: poichè questa regola ha luogo sol quando trattasi di dubbi nascenti dal vizioso contesto dell' atto, dall' ambiguità delle clausole e simili, non già quando è quistion di conoscere se l'atto contenga o no un testamento. In tal caso, ritenere che sia un testamento solo perchè non potrebbe altrimenti valere come donazione tra vivi, è dar vigore ad un atto che per legge non può averne alcuno.

* Nè in fine si può muovere da circostanze estrinseche per dimostrare che l'autor della lettera vollo disporre pel tempo di sua morte. Questa condizione essenziale deve risultare dalle stesse parole della lettera; ed a' fatti estrinseci, se siano provati, si può ricorrere solamente quando, non dubitandosi della esistenza giuridica del testamento, si disputasse intorno alla qualità ed estensione delle sue disposizioni.

* Corte Suprema. 14 giugno 1854. *Gazzetta dei Tribunali* anno 9 pagina 252.

(1) Merlin, *Rep. v.* Testamento, sez. II, § 4, art. 3, n. 8. Nimes, 20 gennaio 1810; Sir., X, 2, 231.

(2) Civ. rig., 21 giugno 1842, Sir., XLII, 1, 577.

(3) Merlin, *op. e v. cit.*, sez. II, § 4, art. 3, n. 5; e *Quest.*, *v.* Testamento, § 16. Toullier, V, 359. Duranton, IX, 30. Parigi, 22 gennaio 1824, Sir., XXV, 2, 189. Ric. rig., 15 gennaro 1834, Sir., XXXIV, 1, 173. La ricalcatura anche nella data non vizia il testamento, se d'altronde sia possibile di riconoscere la vera data, Civ. rig., 11 giugno 1810, Sir., X, 1, 289. Ric. rig., 29 maggio 1832, Dalloz, XXXII, 1, 210.

(La ricalcatura, non approvata, della data del giorno in un testa-

Il testatore non è obbligato di compilare il suo testamento in un solo contesto, nè sotto la medesima data (1). Se egli scriva le sue disposizioni in epoche diverse, può o datare e firmare ciascuna di esse separatamente, o contentarsi di apporre a tutte insieme la data e la firma nel giorno in cui egli termini il suo testamento (2). Può altresì datare separatamente le diverse parti del suo testamento, ed apporre la sua firma alla fine solamente dell'atto (3).

Il testatore può dispensarsi dallo indicare il luogo in cui il testamento sia stato scritto; e l'errore che egli avesse commesso nell' indicazione di questo luogo non influirebbe sulla validità del testamento (4).

La data può esser scritta in cifre (5), e posta indifferentemente, sia nel principio, sia nel mezzo, sia nella fine dell'atto o della disposizione a cui essa si riferisce (6). Ma conviene metterla

mento olografo non trae seco la nullità del testamento, se d'altronde la data ne sia leggibile e certa:

— Il testamento olografo non è nullo, se il testatore essendo giunto al termine del verso quando gli rimaneva ancora da scrivere l'ultima lettera del suo nome, abbia collocata questa lettera al di sopra delle altre, in guisa che il suo nome non si trovi per intero nello stesso verso. Brusselles, 29 gennaio 1825).

(1) Deriva da ciò che un testamento olografo il quale porti due date differenti, l' una nel principio, l'altra nella fine, non dev'essere annullato sotto il pretesto che la data sia incerta. Deesi in somigliante caso supporre che il testatore abbia impiegati più giorni per fare il suo testamento. Ric. rig., 8 luglio 1823, Sir., XXV, 1, 31.

(2) Merlin, *Rep.*, *v.* Testamento, sez. II, § 4, art. 3, n. 6 e 7. Duranton, IX, 33. Se, apponendo una data all'ultima delle sue disposizioni, il testatore avesse dichiarato che egli non intendeva di datare se non questa disposizione, le precedenti sarebbero nulle. Merlin, *ibid.* Civ. cass., 12 marzo 1806, Sir., VI, 1, 282.

(3) Se il testatore, dopo di aver fatte delle disposizioni, che egli abbia firmate senza datarle, ne avesse fatte delle altre sulla stessa carta, che egli abbia datate senza firmarle, le prime sono nulle per mancanza di data, e le altre per mancanza di sottoscrizione. Se, per contrario, il testatore abbia dapprima fatte delle disposizioni che egli avesse datate senza firmarle, e poscia delle altre disposizioni che avesse firmate senza datarle, le une e le altre debbono, a riserba di particolari circostanze, riguardarsi come valide. La data, messa nel mezzo dell'atto, dopo delle prime disposizioni, si applica ugualmente alle disposizioni che seguono, e la firma messa alla fine dell' atto completa e conferma il complesso delle disposizioni. Duranton, IX, 34. Merlin *Rep.* v. Testamento. sez. II. § 1, art. 6, n. 7, Confr. pure: Merlin, *op. e v. cit.*, sez. II, § 4, articolo 3.

(4) Pothier, *op. cit.*, cap. I, articolo 2. § 2, Grenier, I, 227, Toullier, V, 368. Duranton, IX, 23. Nimes, 20 gennaio 1810, Sir., X, 2, 231. Ric. rig., 6 gennaio 1814, Sir., XIV, 1, 217. Bordeaux, 26 gennaio 1829, Sir., XXIX, 2. 263.

(5) Pothier, *op. e luogo cit.* Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 1, art. 6, n. 4. Toullier, V, 366. Duranton, IX. 31.

(6) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 1, art. 6, n. 5. Toullier,

prima della firma, la quale, secondo la natura delle cose sembra dover chiudere il testamento (1).

Del resto, siccome la legge non esige che la firma sia staccata dall'atto, essa può far corpo con la frase finale del testamento, purchè le espressioni che la seguono non sieno nè dispositive nè essenziali alla validità del testamento (2).

Non è necessario che il testamento olografo porti la menzione di essere stato scritto interamente, datato e firmato dal testatore (3).

Finalmente, non vi ha bisogno che il testamento olografo sia chiuso e suggellato: il testatore può lasciarlo aperto, ed anche depositarlo nelle mani di un terzo in questo stato.

Un testamento scritto, datato e firmato dal testatore, vale come olografo, quantunque il testatore abbia manifestata l'intenzione di farlo rivestire della forma mistica, e non abbia dato alcun effetto a questa intenzione (4).

594. Continuazione.—Della forza probante del testamento olografo.

Il testamento olografo non è, di sua natura, che un atto privato (5). Il deposito che ne fos-

V, 369. Duranton, IX, 32. Metz, 10 luglio 1816, Sir., XIX, 2, 69. Parigi, 2 agosto 1836, Sir., XXXVI, 2, 492.

(1) Ed in effetti, non altrimenti che in virtù della sottoscrizione il testatore certifica di aver egli scritte e datate le sue disposizioni coll' intenzione di fare un testamento. Se la data sia posta dopo la firma, niente prova legalmente che il testatore ve l' abbia apposta col fine di rendere compiuto il testamento. Laonde, gli autori sono di accordo nel dire che la data debba, sotto pena di nullità, precedere la firma, o, per lo meno, formare con questa un solo e medesimo contesto. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 4, art. 3. n. 6. Duranton, IX, 32 e 38. Toullier, V, 375. Nondimeno la giurisprudenza tende a stabilire per principio che la data di un testamento olografo sia validamente collocata dopo la firma. Vedi in questo senso: Parigi, 13 agosto 1811, Sir., XIII, 2, 332; Ric. rig., 9 maggio 1825, Sir., XXV, 1, 198; Bordeaux, 12 gennaio 1825, Sir., XXV, 2, 201; Ric. rig., 11 maggio 1831, Sir., XXXI, 1, 189. (Liegi, 23 giugno 1823, *Pasicrisia*, sotto questa data).

(2) Non si potrebbe dunque annullare, per mancanza di regolare sottoscrizione, un testamento olografo che terminasse così: Fatto da me N. N. *che ho firmato dopo lettura e meditazione*. Toullier, V, 376. Merlin, *Rep.*, v. Sottoscrizione, § 3. art. 7. Ric. rig., 20 aprile 1813, Merlin, *op. e v. cit.* Vedi in senso contrario; Liegi, 12 febbraio 1812, Sir., XIII, 2, 336.

(3) Grenier, I, 228.

(4) Agen, 18 giugno 1812. e Ric. rig., 6 gennaio 1814, Sir., XIV, 1, 217.

(Un testamento olografo non è nullo benchè, nel depositarlo presso un notaio, siensi adoperate delle formalità che si ravvicinino a quelle richieste dalla legge per un testamento mistico, ma che non sieno state tutte adempiute. Vedi art. 892. Liegi, 7 marzo 1818).

(5) Arg. art. 1271. Questa proposizione è unanimemente ammessa

se stato fatto presso un notaio (1), sia dal testatore medesimo (2), sia, dopo la sua morte, in virtù di una ordinanza del giudice, non imprimerebbe ad un simile testamento il carattere dell'autenticità (3).

Segue da ciò, che gli eredi

dagli autori e dalla giurisprudenza. Brusselles, 16 gennaio 1828. *Giur. di B.*, 1829, I, 89.

(1) Qui trattasi del semplice deposito di un testamento olografo nello studio di un notaio. *Quid* se il testatore, nel depositare un tale testamento, l'avesse fatto rivestire delle formalità del testamento mistico?

(2) Toullier, V, 502. Brusselles, 21 giugno 1810, Sir., XI, 2. 49. Confr. nondimeno in senso contrario, sul caso in cui un testamento olografo fosse stato depositato presso un notaio dal testatore medesimo: Duranton, IX, 45; Grenier, II, 292.

*(3) *Atti legislativi* in quanto al deposito dell'olografo.

* 1. *Rescritto 11 giugno 1831.*—

* L'art. 933 accorda per verità la scelta del notaio al giudice, ma questa scelta non può nè deve essere arbitraria. La legge suppone nel magistrato un uomo di probità e di giustizia. Il voto del testatore dee quindi prevalere, semprechè una giusta causa non concorra, la quale altrimenti persuada. Chi più interessato di lui alla conservazione delle sue ultime disposizioni? Così una giusta causa può aversi a variar di notaio nel caso che il testamento non si fosse dal testator depositato nel luogo dell'apertura della successione; l'interesse degli eredi può richiedere che si conservi presso un notaio di questo luogo, ove facile riuscisse l'osservarlo. Il rispetto al giudizio del testatore è pure nei principii regolatori della legge sul notariato, e nei giusti riguardi ai sistemi di famiglia, che amano riunire presso unico notaio tutte le carte di loro interesse, locchè ne agevola la ricerca nel rapporto individuale e nel rapporto dei terzi.

* 2. *Rescritto 16 novembre 1834.* —Ordina: 1. Che il notaio non debba distendere atto di deposito del testamento olografo o mistico, che gli consegna il giudice per conservarlo, bastando che il notaio alligni ai sooi atti la copia del verbale fatto dal giudice in cui ne ordina il deposito presso di lui, ed il testamento nel verbale stesso indicato; —2. che per memoria debbansi riportare nei repertori dei notai i testamenti olografi o mistici che loro sono dati a conservare dal giudice; —3. che i testamenti mistici si debbono registrare nel libro degli atti autentici, e che nel libro degli atti privati si debbono registrare i testamenti olografi; — 4. che pei testamenti il dritto di archivio sia il minimo, ovvero quello di un carlino, se dai medesimi non apparisca il valore della eredità, e si debba il dritto graduale, se il testamento, lo inventario od altra carta possa prontamente mostrare il valore dei beni;—5. che il dritto minimo, o quello di un carlino sia pure dovuto pei rogiti contenenti convenzione od obbligazione delle quali non si precisi l'ammontare. Sarà dovuto però il dritto graduale se possa prontamente liquidarsi il valore delle convenzioni anzidette.

** 3. *Ministeriale*, 23 *febbraro* 1839.—L'apertura di un testamento olografo o in forma mistica si può fare dal giudice del Circondario del luogo ove questo si trova, benchè non siesi ivi aperta la successione.

* 4. *Leggi sul bollo*, 2 *gennaro* 1820.—Sono suscettivi del visto per tener luogo di bollo i testamenti olografi. V. Decreto 5 ottobre 1818

ab intestato, e, in generale, ogni persona interessata, possono, senza prendere la via dell'iscrizione in falso, opporsi all'esecuzione di un testamento olografo dichiarando di non riconoscere la scrittura e la firma del defunto. Questa dichiarazione da parte loro obbliga i legatari e tutti quelli che intendano di avvalersi del testamento, a far procedere alla verificazione della scrittura e della firma di questo atto (1) nella forma ordinaria prescritta dagli art. 287 e seg. (2). La necessità di menare innanzi questa verificazione, affine di stabilire la sincerità del testamento, incumbe altresì al legatario universale il quale abbia ottenuta l'immissione in possesso dell'eredità, conformemente all'art. 934 (3).

e Rescritto 5 ottobre 1833.

* *Giurisprudenza Napolitana.* — Depositato un testamento olografo presso notaio del luogo dove trapassò il testatore, e diverso dal di costui ultimo domicilio, non può l'erede legittimo pretenderne dall'erede scritto la preliminare comunicazione con deposito presso la cancelleria del Tribunale ove si è aperta la successione, onde dietro siffatta comunicazione determinarsi a riconoscerlo od impugnarlo. Deve invece disporsi la verificazione di cotal testamento, ove l'erede scritto vi si offra spontaneamente, vedendo che l'erede legittimo non si determina a riconoscerlo. Gran Corte civ. di Napoli, 5 luglio 1855. Gazzetta dei Trib. anno 10 pag. 466.

(1) Taullier, V. 502. Delvincourt, sull'art. 805. Grenier, 1, 292. Duranton, IX, 46. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 4. art. 6. Colmar, 12 luglio 1807, Sir. XIII, 2, 337. Torino, 18 agosto 1811, Sir., XI. 2, 149. (Brusselles, 10 luglio 1827, e 28 maggio 1828, *Giur. di B.*, 1828, 2, 247, e 1829, 1, 89).

(2) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 4. art. 6. n. 8. Tolosa, 1 maggio 1817, Sir., XXIII, 2. 16. Angers, 5 luglio 1820, Sir., XXI, 1, 185.

(3) Siffatta quistione è ancora oggidì fortemente controversa. Per sostenersi l'opinione contraria a quella che noi abbiamo adottata, si fanno valere gli argomenti seguenti: 1 Gli eredi *ab intestato* non potendo, dopo l'immissione in possesso dei legatarii universali, altrimenti negare la scrittura e la firma del testamento olografo in virtù del quale questa immissione in possesso sia stata ordinata, se non costituendosi attori, trovansi perciò sottoposti alla regola generale: *Actori incumbit onus probandi*. 2. L'investitura legale di cui gode il legatario universale che non si trovi in concorso con eredi di riserva, esclude quella degli eredi *ab intestato*, e per tale ragione appunto mette questi ultimi nella necessità di provare la falsità del testamento. 3. L'ordinanza giudiziale d'immessione nel possesso della eredità stabilisce in favore del testamento una presunzione di verità, che l'erede *ab intestato* non può escludere, se non mediante la prova della falsità della scrittura o della firma. — Il primo di questi argomenti ci sembra che sia fondato solamente su di un equivoco. È verissimo il dire che lo erede *ab intestato*, il quale reclami il rilascio dei beni della successione contro colui che ne abbia preso possesso nella qualità di legatario universale, debba, come ogni altro attore, provare il fatto che serve di base alla sua azione. Ma qual è mai questo fatto? Non è al certo, come lo suppone l'argomento che noi combattiamo, la falsità della scrittura o

Del rimanente, se gli eredi *ab intestato* avessero implicitamente riconosciuto, mercè atti non equivoci di esecuzione, la verità di un testamento olografo, essi non potrebbero più, colla sola dichiarazione di non riconoscere la scrittura e la firma del defunto, mettere il legatario nella necessità di procurarne la verificazione. Essi non sarebbero ammessi a rivenire contro il loro ricono-

della firma dell'atto in virtù del quale il convenuto abbia preso possesso della eredità; ma è unicamente il legame di parentela per effetto di cui l'attore dice di essere chiamato alla successione. Tostochè l'erede *ab intestato* avrà provata l'esistenza di questo rapporto di parentela, egli avrà pienamente giustificata la sua azione; ed il possessore dell'eredità non potrà respingerla se non per mezzo di una eccezione fondata sul testamento olografo che egli pretenda di essere a suo vantaggio. Il ridetto possessore, divenuto per tal guisa attore nella eccezione, dovrà provare che l'atto di cui si prevale sia veramente un testamento olografo fatto dal defunto; e siccome un testamento di tal natura non fa, di per se stesso, fede della scrittura e della firma, la prova dell'eccezione non sarà compiuta se non in quanto la verità della scrittura o della firma sarà stata legalmente riconosciuta. Aggiungiamo, che l'erede *ab intestato*, istituendo un'azione di petizione di eredità contro il legatario universale che abbia preso possesso della eredità in virtù di un testamento olografo, trovasi in una posizione assolutamente identica a quella del proprietario, attore nell'azione di rivendicazione, al quale il convenuto opponga un atto di vendita per iscrittura privata. Or non è forse certo, in somigliante caso, che se l'attore nell'azione di rivendicazione neghi la firma dell'atto di vendita che il convenuto gli oppone, questi sarà nel dovere di procurarne la verificazione, quantunque si trovi in possesso della cosa rivendicata? Noi crediamo, che niuno vorrebbe sostenere il contrario; e se la cosa va così, ciò prova che il fatto del possesso non influisce in verun modo sulla forza probante degli atti privati, e non potrebbe apportare modificazione alcuna alla regola, secondo la quale colui che si prevalga di un atto di tal natura, deve, quando la scrittura e la firma ne vengano negati, far procedere alla loro verificazione. Quanto all'argomento desunto dalla investitura di cui godono i legatarii universali che non concorrono con eredi di riserva, esso non ha per base che una petizione di principio. In effetti, colui che dice essere investito di una successione nella qualità di legatario universale, dee prima di tutto provare la sua qualità; e dove questa qualità venga messa in dubbio per effetto del diniego della firma o della scrittura del testamento olografo sul quale fondasi il legatario, costui è obbligato di procurarne la verificazione; perciocchè non altrimenti che in virtù di questa verificazione l'esistenza del suo titolo potrà essere stabilita. In fine, l'argomento tratto dall'ordinanza d'immissione in possesso dipende da idee evidentemente inesatte sui caratteri e sugli effetti di tale atto. Ed in vero, l'ordinanza d'immissione in possesso, che i legatarii universali istituiti con un testamento olografo sono obbligati di provocare onde mettersi al coperto dal rimprovero di via di fatto, è semplicemente un atto di volontaria giurisdizione, e deve, come tale, lasciare intatti i diritti degli eredi legittimi, i quali,

scimento, se non che provando di essere stato questo riconoscimento il risultamento di un errore; e ciò anche quando avessero consentito alla esecuzione del testamento a vista di una sem-

sotto questo rapporto, sono dei veri terzi. È dunque impossibile lo ammettere che questa ordinanza possa produrre l'effetto di spogliare costoro anticipatamente, e su di una contestazione non ancora esistente, del benefizio del carattere di convenuti, per imporre loro il peso di una prova a cui essi non vanno soggetti giusta la natura del titolo che loro si oppone. Merlin, *Rep.*, v.Testamento, sez. II, § 4, art. 6, n. 5 e 7. Delvincourt, sull'art. 895. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, cap. VI, sez. III, art. 5, n. 6. Vazeille, sull'art. 934, n. 7. Boncenne *Teoria della procedura*, III, 445. Coulon, *Quistioni di dritto*. I, 365, comma 29. Metz, 3 maggio 1815, Sir., XIX, 3, 76. Bourges, 3 aprile 1827. Sir., XXVII, 2, 197. Montpellier, 19 giugno 1827, Sir., XXVII, 2, 217. Bourges, 10 marzo 1834, Sir., XXXIV, 2, 307. Lione, 11 marzo 1839. Dalloz, XXXIX, 2, 236. Tolosa, 16 novembre 1839, Dalloz, XL, 2, 81. Aix, 12 giugno 1840, Dalloz, XLI, 2, 15. Besanzone, 23 marzo 1842, Sir., XLII, 2, 205 (Brusselles, 15 gennaio 1828, *Giur. di B.*, 1829,1, 89). Vedi in senso contrario: Grenier, I, 292; Toullier, V, 503; Duranton, IX, 46; Chauveau, sopra Carrè, *Leggi di procedura*, num. 779; Colmar, 18 luglio 1807, Sir., XIII, 2, 337, Caen, 4 aprile 1812, Sir., XII, 2, 336; Civ. rig., 28 dicembre 1824, Sir., XV, 1, 158; Civ. rig, 10 agosto 1825, Sir., XXVI, 1, 117. Bourges, 16 luglio 1828, Sir., XXVII, 2, 199; Tolosa, 12 novembre 1829, Sir., XXX, 2. 66; Civ. cass., 16 giugno 1830, Sir., XXX, 1, 333: Ric. rig., 20 marzo 1833, Sir., XXXIII, 1. 307; Bastia, 25 giugno 1838, Dalloz, XXXVII, 2, 93.

* Troplong, n. 1501 su questa quistione emette una opinione la quale è imponente per le ragioni, imponentissima per l'intimo convincimento che ha di combattere in pro della buona fede.« Con tutte le dissertazioni, egli dice, ed i consulti che ho letti, con tutte le difeso che ho mille volte udite, non ho saputo comprendere il sistema che mette a carico del legatario la verificazione della scrittura ».

*Poscia soggiunge:« nel sistema che noi combattiamo riesce di grave impaccio il possesso dato al legatario universale, affine di legalizzar la sua posizione; si comprende bene che la denegazione dell'erede del sangue, la quale non è che una mera allegazione, tal fiata un dubbio leggerissimo, non ha forza di smuntare il possessore dal suo stallo. E, ad eludere la difficoltà, si è immaginato di convertire il possesso del legatario universale in una detenzione a titolo di custode giudiziario. Ma evvi per avventura cosa più arbitraria, più opposta al rispetto che ha sempre meritato il possesso? Ecco un possesso che è stato attribuito dal giudice, il quale è intervenuto in virtù della legge, per dare all'atto l'esecuzione parata che gli manca naturalmente; e si verrà a cacciarsi sotto i piedi quest'opera dell'autorità pubblica;si tratterà questo scritto su cui ella ha impresso il suo *pareatis* come uno straccio di carta; si rovesceranno, su una pretta denegazione, su un semplice dubbio, delle posizioni così acquistate! mainò! il possesso, e massime il possesso di un'eredità, non dee restar in sospeso; non bisogna così mutarne gli effetti, non sottometterlo a siffatti capricci!

*Nè io ricuso di concedere che, se

plice copia legale prodotta dal legatario, senza avere precedentemente presa inspezione dell'originale dell'atto (1).

Benchè il testamento olografo non sia che un atto privato, esso però non fa meno piena fede della sua data relativamente a' terzi, e soprattutto riguardo agli eredi *ab intestato*, allorchè costoro ne abbiano riconosciuta la scrittura e la firma, o allorchè, in conseguenza del loro rifiuto di riconoscerle, esse sieno state verificate in giudizio (2). Adunque, in generale, non altrimenti

la denegazione dell'erede sia appoggiata a verosimiglianze, dalle quali risulti che l'ordinanza è stata sorpresa, il tribunale chiamato a giudicar del merito dovrà prendere gli espedienti che le congiunture richiederanno. Ma sarà questo un accidente, che non va punto elevato a regola; mercecchè vi ha più testamenti veri che testamenti falsi; più denegazioni di scrittura dettate dal cavillo che dal convincimento d'essersi commesso un falso. Preferiamo la giurisprudenza che viene in sussidio della buona fede a quella che caldeggia le insidie della procedura ed i calcoli dell'irritazione ».

* A completare tutte le notizie su questa importante disamina, vedi una critica della giurisprudenza della Corte di cassazione di Francia del 23 gennaro 1850 per l'egregio Marcadè.

(1) Eseguendo un testamento olografo, l'erede *ab intestato* rinunzia implicitamente al dritto di richiederne la verificazione: e non può rivenire contro tale rinunzia, se non provando che questa sia stata il risultamento di un errore. Ora, la pruova di quest'errore non potendo risultare che da quella della falsità del testamento, l'erede *ab intestato* trovasi appunto perciò nella necessità di far egli stesso procedere alla verificazione di tale atto. L'opinione che qui emettiamo non è in alcuna guisa contraria a quella che abbiamo enunciata altrove. Di fatti, quegli il quale impugni, per causa di nullità, un atto che pretenda di avere eseguito unicamente in conseguenza di un errore di fatto, giustifica la sua dimanda provando l'esistenza della nullità sulla quale sia basata; e questa prova traendo seco la presunzione che l'esecuzione di tale atto non sia se non il risultamento di un errore, gli è naturale che la prova del contrario incumba al convenuto, il quale si prevalga di questa esecuzione come importante conferma. Confr. arcolo 1292. Ma questi principii sono evidentemente inadattabili quando non si tratti che della semplice rinunzia ad un dritto, che non bisogna confondere colla conferma di un atto nullo. Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 4, art. 6, n. 5. Vedi nondimeno in senso contrario: Torino, 18 agosto 1811, Sir., XI, 2, 49.

(2) Risulta dalle espressioni dell'art. 895, e soprattutto da queste parole: « esso non è soggetto ad alcun'altra formalità, » che il testamento olografo deve, per sè stesso, far fede della data, la quale ne è una parte essenziale e costitutiva. Se fosse altrimenti, converrebbe, per assicurare in un modo compiuto l'efficacia di un testamento olografo, depositarlo presso un notaio, o farlo registrare, e conseguentemente adempire, oltre alle solennità richieste dall'art. 895, altre formalità che quest'articolo non richiede. Sonovi d'altronde circostanze nelle quali non potrebbesi fare a meno di riguardare come certa la data di un testamento olografo. Questo è ciò che avrebbe luogo, per esempio, se il testatore avesse lasciati più testamenti conte-

che per mezzo di una iscrizione in falso gli eredi *ab intestato* possono contrastare la verità della data di un testamento olografo, di cui la scrittura o la firma sieno state riconosciute. Nondimeno, se la falsità della data risultasse dalle enunciazioni medesime del testamento, l'iscrizione in falso diverrebbe senza oggetto (1). Da un altro canto, se gli eredi *ab intestato* impugnassero il testamento per causa di suggestione e di captazione, o per mancanza di capacità nel testatore, essi sarebbero ammessi a provare la falsità della data, mediante una semplice prova testimoniale, od anche per mezzo di presunzioni (2).

595 b. Del testamento per atto pubblico.

Il testamento per atto pubblico è quello che vien ricevuto da due notai in presenza di due testimoni, o da un notaio in presenza di quattro testimoni.

1. Delle persone che debbono concorrere alla compilazione di un testamento per atto pubblico.

I notai chiamati a ricevere un testamento debbono in sè riunire le qualità e trovarsi nelle condizioni richieste per l'esercizio del loro ministero in generale. Così, per esempio, essi non possono, sotto pena di nullità, ricevere un testamento che nell'ambito in cui abbiano facoltà di esercitare il loro ministero (3).

nenti disposizioni inconciliabili tra loro. In tal caso, bisognerebbe di assoluta necessità, per regolare l'esecuzione di questi diversi testamenti, attenersi alla loro data rispettiva. In vano si trarrebbe ragione, per sostenere che il testamento olografo non faccia fede della sua data, dalla disposizione dell'art. 1282. La lettera di quest'articolo e 'l motivo su di cui è fondato respingono ugualmente l'applicazione che vorrebbe farsene agli atti d'ultima volontà.

(Il testamento olografo fa fede della sua data fino alla prova contraria, anche nel caso in cui il testatore sia morto nello stato d'interdizione. Brusselles, cass., 15 aprile 1825, *Giur. di B.* 1825. 1. 217; *Giur. del XIX, secolo*, 1825. 3, 38. Dalloz, X, 295. Liegi, 14 febbraio 1815, *Pasicrisia belgica*, sotto questa data).

(1) Nancy, 15 luglio 1843, Sir., XLIII. 2, 469. Ma va ben inteso, che se i legatari pretendessero che la falsità della data fosse soltanto apparente, essi sarebbero ammessi a combattere con elementi presi al di fuori del testamento, e principalmente con una prova testimoniale, le induzioni che venissero fornite dalle enunciazioni di quest'atto, ed a provare così la verità della sua data. Civ. cass., 2 agosto 1843, Sir., XLIII, 1, 748.

(2) Arg. art. 1307. Nel primo caso, gli eredi *ab intestato* pretenderebbero che il testamento fosse stato antidatato per effetto dei raggiri medesimi di cui essi si dolgono, e col fine fraudolento di procurare a' legatari il mezzo da respingere la prova di tali raggiri. Nel secondo caso, essi sosterrebbero che il defunto avesso antidatato il suo testamento per mascherare la sua incapacità di disporre, e così far frode alla legge. Caen, 8 aprile 1824, Sir., XXV. 2, 2. Angers, 29 marzo 1828, Sir., XXVIII, 2, 144. Confr. Duranton, IX, 47. Confr. altresì: Ric. rig. 16 dicembre 1829, Sir., XXX, 1, 25, e gli arresti citati nella nota precedente. Vedi in senso contrario: Bourges. 17 luglio 1841, Dalloz, XLII, 2, 142.

(3) Art. 5 e 6 della legge del 23

Così ancora, due notai non possono, sotto pena di nullità, concorrere alla compilazione di un testamento, allorchè sieno parenti o affini, nella linea retta, in qualsivoglia grado, e nella linea collaterale, sino al grado di zio o di nipote inclusivamente (1). Finalmente i notai non possono ricevere testamenti nei quali i loro parenti o affini, negli stessi gradi, fossero testatori o legatari, nè, a maggior ragione, testamenti che contenessero qualche disposizione in loro favore personale (2). La nullità derivante dalla contravvenzione a questo divieto si applica non solo alle disposizioni fatte a vantaggio dei notai o de' loro parenti, ma al testamento intero (3).

I testimoni chiamati per assistere alla formazione di un testamento debbono possedere le qualità fisiche e morali necessarie, da una parte, per poter comprendere le parole del testatore o per assicurarsi da sè medesimi dell' adempimento di tutte le formalità prescritte dalla legge, e dall' altra parte, per potere, all' uopo, render conto di ciò che siasi fatto alla loro presenza. Così, i sordi, i ciechi e gl' idioti non possono servire da testimoni (4). Lo stesso è di coloro che non intendano l' idioma di cui il testatore siasi servito per dettare il suo testamento (5). Ma non è indispensabile che i testimoni di un testamento intendano la lingua in cui esso sia stato scritto: è bastevole che sia costante in fatto di aver essi potuto acquistare una conoscenza esatta e compiuta delle disposizioni testamentarie (6). I muti possono servire da testimoni allorchè almeno sappiano scrivere (7). Le persone affette da demenza o da furore possono essere testimoni nei lucidi intervalli (8).

Gl' individui i quali riuniscano

novembre 1819 ed art. 3 del decreto del 12 settembre 1828.

*(1) V. la detta legge, artic. 10 e il n. 3 del detto decreto.

*(2) V. art. 8 della ripetuta legge e n. 3 del decreto suddetto.

*(3) Confr. il ripetuto n. 3 del decreto del 12 settembre 1828.

(4) § 6, *Inst. de Test. ord.*(2,10). L. 9 e 21, C. *de Test.* (6, 23. Merlin, *Rep.* v. Testimone istrumentario. § 2, n. 3, 4, Toullier, V, 391 e 392. Duranton, IX. 104.

(5) Toullier, V, 393. Grenier, 1, 255 e seg. Merlin, *Quest.*, v. Testamento. § 17. (Brusselles, 11 novembre 1814. In ogni caso, la decisione che giudichi in tal modo è al coperto dalla cassazione. Brusselles, cass., 4 luglio 1816, *Pasicrisia belgica*, sotto queste date). Vedi nondimeno: Ric. rig., 14 luglio 1818, Sir., XVIII, 1, 397.

(6) Brusselles, 13 dicembre 1808. Sir., IX, 2, 300. Brusselles, 6, maggio 1813, Sir., XIII, 2, 372. Douai, 1 febbraio 1816, Sir., XVIII, 2, 98. Metz. 19 dicembre 1816, Sir., XVIII, 325. Hazebrouck, Sir., XXXIV, 2, 183. Vedi in senso contrario: Merlin, *Quest.* v. Testamento, § 17; Grenier, 1, 255; Toullier, V, 393, nella nota; Metz, 30 aprile 1833, Sir., XXXIII, 2, 549.

*(7) Per l'art. 9 del regolamento notariale, sotto pena di nullità, eccettuato il caso dell'art. 900 l. c. i testimonii debbono saper firmare.

(8) L. 20, § 4, D. *Qui testam. fac. poss.* (28, 1). Merlin, *Rep.*, v. Testimone istrumentario, § 2, n. 3, 4. —

in sè le qualità fisiche e morali necessarie per essere testimoni, non possono essere chiamati ad un testamento se non in quanto sieno maschi, maggiori di età (1), sudditi del re (2), e godano dei dritti civili (3). Artic. 906. Gli stranieri ammessi a stabilire il loro domicilio nelle due Sicilie, e quelli che in virtù di trattati diplomatici vi godano dei dritti civili (4), non possono servire da testimoni testamentari.

Le condizioni assolute di capacità legale, indicate dall'artic. 906, sono le sole che si possano esigere pei testimoni testamentari (5). Così, non è di ri-

Quid se una persona in istato abituale di furore o di demenza sia stata interdetta? Confr. la nota seguente.

(1) Le persone, di cui sia stata pronunziata l'interdizione per causa di demenza o di furore, possono forse servire da testimoni ne' lucidi intervalli? Noi lo crediamo, sol perchè niuna disposizione legale toglie la capacità civile di essere testimoni a quelle persone, le quali, malgrado la loro interdizione, conservano la capacità naturale necessaria a tale effetto. Duranton (IX, 106) sostiene il contrario, fondandosi sull'art. 432, a' termini del quale l'interdetto è assimilato al minore quanto alla sua persona e quanto a' suoi beni. Ma l'induzione che egli trae da questo articolo ci sembra erronea. L'assimilazione che la legge stabilisce tra l'interdetto e il minore non è assoluta; il prosieguo dell'art. 432 ne spiega chiaramente l'oggetto e l'estensione.

(2) Le parole « sudditi del re », le quali, nell'edizione del Codice civile fatta in esecuzione dell'ordinanza del 30 agosto 1816, sono state sostituite alle parole *sudditi dell'imperatore*, stanno in luogo del vocabolo *repubblicani*, di cui erasi fatto uso nella compilazione primitiva del 13 fiorile anno XI, per rendere l'idea che l'articolo 40 dell'ordinanza del 1735 avea espressa colla parola *regnicoli*. Or il contesto di tale articolo prova, in un modo non dubbio, che questa parola vi era adoperata come sinonimo di *Francese*. Confr. la nota seguente.

*(3) Non è vietato ai monaci professi di far da testimoni nei testamenti, dietro il permesso del superiore. È implicito il permesso se il guardiano o il Priore faccia ben pure il testimone col suddito. Gran corte di Napoli 30 giugno 1851.

(4) Merlin, *Rep.*, v. Testimone istrumentario, § 2, n. 3, I. Toullier, V, 395. Duranton, IX, 105. Ric. rig., 23 gennaio 1811, Sir., XI, 1, 243. Confr. Ric. rig., 23 aprile 1828, Sir., XXVIII, 1, 437. (Brusselles, 8 maggio 1844, *Giur. di B.*, 1844, 254). Vedi però in senso contrario; Grenier., I, 247; Delvincourt, sull'articolo 906. L'opinione di questi autori va confutata, fatta astrazione dalle spiegazioni date nella nota precedente, mediante questa considerazione molto semplice, cioè, che se fosse stato nella intenzione de' compilatori del Codice civile lo ammettere come testimoni testamentari gli stranieri godenti in Francia dei dritti civili, sarebbe stato assolutamente inutile lo esigere la qualità di sudditi del re. E sol perchè siffatta qualità è indicata come distinta da quella di godenti de' dritti civili, bisogna riconoscere che i compilatori del Codice civile non hanno inteso di attribuire la capacità di essere testimonii testamentari a tutti coloro i quali, a qualunque titolo, godessero de' dritti civili in Francia.

(5) La combinazione degli articoli 900 e 901, e soprattutto il ravvicinamento di quest'ultimo articolo

gore che i testimoni testamentari godano dei dritti politici (1). Così ancora, non è necessario che essi sieno domiciliati nello **ambito comunale del luogo in cui il testamento venga ricevuto (2).**

Le persone che fossero in un

alle disposizioni dell'art. 10 della legge del 25 ventoso anno XI, dimostrano fino all'evidenza che i compilatori del Codice civile hanno inteso di stabilire, intorno alla capacità dei testimoni testamentari, un sistema compiuto di legislazione speciale. Del resto, se il legislatore ha dispensati i testimoni testamentari da qualcuna delle qualità richieste pei testimoni istrumentarii in generale, ciò viene giustificato da questa doppia considerazione: 1. che pei testamenti bisogna un maggior numero di testimonii che per gli atti ordinarii; 2. che i testamenti dovendo rimaner segreti durante la vita del testatore, è stato necessario di lasciare a costui una grande latitudine per la scelta de' testimonii. Merlin, *Rep.*, *v.* Testimone istrumentario, § 3, n. 3, 22, e *v.* Testamento, sez. II, § 3, art. 2, n. 8, nella nota. Duranton, IX, 110.

(1) Un individuo nello stato di *domesticità* può dunque essere adoperato da testimone in un testamento Duranton, IX, 111.

Nel Belgio i domestici non sono, come tali, privi de' dritti politici. Dehecque, *Commentario sulle leggi elettorali*, n. 95.

(2) Confr. legge del 25 ventoso anno XI, art. 9; Merlin, *Rep.*, *v.* Testimone istrumentario, § 2, n. 5, 22; Grenier, 1, 247; Duranton, IX, 110; Douai, 27 aprile 1812, Sir., XII, 2, 387; Caen, 19 agosto 1812, Sir., XIII, 2, 113; Caen, 11 novembre 1842, Sir., XII, 2, 67; Parigi, 13 aprile 1814, Sir., XIV, 2, 437; Rouen, 16 novembre 1818, Sir., XIX, 2, 28; Bordeaux, 18 agosto 1823, ed Orléans, 11 agosto 1823, Sir., XXIII, 2, 290 e 291; Ric. rig., 10 maggio 1825, Sir., XXVI, 1, 54; Civ. cass., 4 gennaio 1826, Sir., XXVI, 1, 204; Rig. ric., 3 agosto 1841, Sir., XLI, 1, 865. (Brusselles, cass., 19 febbraio 1819, e Brusselles 4 marzo 1831, *Pasicrisia e Giur. di B.*, 1831, 1, 404). Vedi in senso contrario: Toullier, V, 397; Brusselles, 13 febbraio 1811, Sir., XII, 2, 218; Bordeaux, 6 dicembre 1834, Sir., XXXV, 2, 140.

* Checchè ne sia della quistione in Francia se mai debba prevalere la legge del 25 ventoso anno XI, che vuole il domicilio dei testimoni nel circondario del testatore od il principio del Codice Napoleone che si contenta di un domicilio nei paesi e terre dell'imperatore; presso noi non può essere affatto quistione che il testimone deve essere domiciliato nel distretto del comune ove l'atto sarà rogato. (Art. 9 leg. del 23 novembre 1819). Imperocchè l'art. 899 leggi civili prescrivendo che tutte le solennità richieste dal regolamento notariale debbansi pure eseguire; e l'art. 927 leg. civ. stabilendo che la omissione delle stesse non va punita sotto pena di nullità, allora solo che il suddetto regolamento non ve ne annetta; resta adunque a vedere se il regolamento notariale sancisca quanto sosteniamo e se l'omissione venga colpita di nullità. Or questo estremo è ineluttabile secondo l'articolo 9 della legge Notariale ed il numero 3 del decreto del 12 settembre 1828. Sicchè possiamo dire che in Francia, almeno secondo la più parte degli scrittori e delle decisioni, il Codice Napoleone è la legge unica e completa che regola la forma dei testamenti e la capacità dei testimoni, domentre presso noi l'istesso si ottiene rispettando ugualmente e le prescrizioni delle leggi civili e quelle del regolamento notariale.

modo assoluto, civilmente capaci di essere testimoni testamentari, non possono essere adoperate come tali in un testamento contenente disposizioni qualunque, sia in loro vantaggio personale (1), sia in favore di uno dei loro parenti o affini, nella linea retta, in qualsivoglia grado e nella linea collaterale, sino al quarto grado inclusivamente (2). Artic. 901.

Gli aiutanti dei notai dai quali un testamento sia ricevuto, non possono neppure essere adoperati per testimoni (3). Art. 901.

Le incapacità relative di cui si è parlato sono le sole che esistano in materia di testamenti. Così, niente impedisce che i parenti e gli affini del testatore ed anche il minore della testatrice, figurino come testimoni, purchè d'altronde il testamento non contenga disposizioni in loro favore (4). Così, i parenti o gli affini, ed i domestici di un notaio, possono servire da testimoni nei testamenti che egli riceva (5). Così pure, i servitori o i domestici

(1) L'esecutore testamentario non deve, in questa sola qualità, essere riguardato come gratificato. Adunque, egli può essere adoperato da testimone in un testamento che non contenga d'altronde alcun legato in suo vantaggio. Toullier, V, 501. Merlin, *Rep. v.* Testimone istrumentario, § 2. n. 3, 19. Duranton, IX, 895. Parigi, 5 febbrario 1833, Sir., XXXIII, 2, 178. (Non è nullo un testamento con cui, fatta astrazione da ogni disposizione che offrisse un carattere di liberalità, il notaio che l'abbia ricevuto si trovi nominato esecutore testamentario. Gand, 12 aprile 1839, *Giur. di B.* 1839, 246. Neppure deesi riguardare il curato o il sottocurato di una chiesa come personalmente gratificato mercè di un testamento che racchiudesse un legato fatto, sia a questa chiesa, sia anche al ministro del culto che si trovasse in esercizio nel tempo della morte del testatore, col peso di celebrar delle messe per l' ammontare di tale legato. Dalloz, *Giur. gen. v.* Disposizioni tra vivi e testamentarie, V, 807, n. 18. Angers, 13 agosto 1807, Sir., VII, 2. 653. Civ. cass., 11 settembre 1809, Sir., IX, 1, 417. Vedi in senso contrario: Bordeaux, 14 luglio 1807, Sir., VII, 2, 161.

(2) L'incapacità derivante dall'affinità continua a sussistere, quantunque il coniuge, pel quale l'affinità si fosse formata, sia morto senza posterità. Dijon, 6 gennaio 1827, Sir., XXVII, 2, 85, Nimes, 28 gennaio 1831, Sir., XXXI, 2, 292. Civ. cass., 16 giugno 1834, Sir., XXXIV, 1, 729. (Brusselles, 19 novembre 1839, *Giur. di B.*, 1841, 233).

(3) La quistione se una persona che trovasi presso un notaio debba considerarsi come suo aiutante, costituisce una semplice quistione di fatto, e resta per conseguenza abbandonata all'estimazione de' tribunali, eccetto se si trattasse di aspiranti al notariato. Dalloz, *op. e v. cit.*, n. 25. Agen, 18 agosto 1824, Dalloz, XXV, 2, 66. Brusselles, cass. 7 maggio 1819, *Pasicrisia* sotto questa data).

(4) Merlin, *Rep.*, v. Testimone istrumentario, § 2. n. 3, 17 Toullier, V, 399 e 400. Duranton, IX, 116.

(5) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2. n. 8, nella nota. Delvincourt. II, 315. Vedi in senso contrario: Grenier, I, 245; Toullier, V, 402; Dalloz, *Giur. gen. op. e v. cit.*, V. 808, n. 27; Duranton, IX, 115. L' opinione di questi autori ci sembra che non si possa sostenere

del testatore o dei legatarii non sono colpiti da incapacità (1). Finalmente, la parentela o l'affinità esistente tra più persone, non impedisce che queste possano essere simultaneamente chiamate come testimoni di un medesimo testamento (2).

Per giudicare della capacità dei testimoni di un testamento, bisogna riportarsi all'epoca della formazione di questo atto. I cangiamenti sopravvenuti dopo quest'epoca nella condizione di uno o di più tra essi, non influiscono in alcun modo sulla validità del testamento (3).

Non è necessario di menziona-

a fronte dell'art. 901. Di fatti, come mai ammettere che i compilatori del Codice civile abbiano voluto conservare, pe' testimoni testamentari, le diverse incapacità stabilite dalla legge del 25 ventoso anno XI pei testimoni istrumentari in generale, quando, da una parte, eglino hanno espressamente dichiarata l'incapacità degli aintanti del notaio, la quale risultava di già dall'art. 10 di questa legge, e, da un'altra parte, non hanno rammentata alcuna delle altre incapacità menzionate in questo stesso articolo, le cui disposizioni erano al certo presenti alla loro mente? Posto ciò, che il sistema speciale stabilito dal Codice civile relativamente a' testimoni testamentari meni a qualche inconseguenza, quando si metta a confronto colle disposizioni generali della legge del 25 ventoso anno XI, cio è possibile; ma ciò non prova che un tale sistema sia irragionevole in se stesso; e quando ancora fosse realmente vizioso, non sarebbe questo un motivo per allontanarsene nell'applicazione. Confr. le note precedenti e la nota seguente.

* La superiore quistione debbe per noi decidersi nell'istesso modo di quella del domicilio del testimone. L'art. 9 del regolamento Notariale si esprime così: Non possono essere testimoni i congiunti ed affini (in linea retta in qualunque grado ed in linea collaterale fino al terzo grado inclusivamente) si del notajo che delle parti, gli aintanti del notajo, e le persone addette al servizio tanto del notaio che delle parti. Ed il decreto del 12 settembre 1828 ne prescrive l'esecuzione sotto pena di nullità.

*Non posso dissimulare che il modo come vedono i Francesi questa cotanto dibattuta quistione (vedi Coin-Delisle, art. 980 e Troplong articolo stesso) è in parte applicabile presso noi; poichè l'art. 18 del cennato regolamento, dicendo che le altre speciali solennità da osservarsi tanto nel testamenti per atto pubblico, quanto nei testamenti mistici, *compresa la qualità dei testimoni*, sono prescritte nella parte prima del Codice per lo regno delle due Sicilie » fa sorgere il dubbio se mai l'articolo 9 del Regolamento riguardi i contratti e l'art. 901, l. c. sia l'unica e completa legislazione su questo riguardo. Ma noi non esitiamo a ripetere che tanto le prescrizioni delle leggi civili quanto quelle notariali, debbonsi eseguire, perchè solamente unite offrono una legislazione completa sull'assunto.

(1) Caen, 4 dicembre 1812, Sir., XIII, 2, 65, Ric. rig., 3 agosto 1841, Sir., XLI, 1, 865. Confr. la nota precedente. Vedi in senso contrario: Duranton, IX, 115.

(2) Grenier, I, 252. Toullier, V, 403. Duranton, IX, 117; Bruxelles, 25 marzo 1806, Sir., XIII, 2, 51.

(3) L. 22, § 1, D. *Qui test. fac. poss.* (28 1). Merlin, *Rep.* v. Testimone istrumentario, § 2, n. 3. 1. Toullier, V, 405.

re nel testamento che i testimoni adoperati godano delle qualità richieste dalla legge. La loro incapacità non si presume: spetta all'erede legittimo, che se ne prevalga, per impugnare il testamento, lo addurne la prova (1).

La mancanza assoluta di capacità, ovvero l' incapacità relativa di uno dei testimoni, trascina, in generale, la nullità del testamento. Nondimeno, un testamento irregolare, a cagione di una mancanza assoluta di capacità di uno dei testimoni, dev'essere dichiarato valido, se, nell'epoca della sua formazione, un errore generale e pubblico attribuiva a questo testimone la qualità che in realtà gli mancava (2). La capacità putativa equivale, in simil caso, alla capacità reale. D'altra parte, l' incapacità derivante, per esempio, dalla parentela o dalla

(1) Merlin, *op. v. e luogo cit.* Troplong, n. 1685.

(2) L. 1, C. *de Testam.* (6, 23) § 7. *Inst. de Test. ordin.* (20, 10). Merlin, *Rep.* v. Testimone istrumentario, § 2, n. 3, 26. Grenier, I, 256. Toullier, V. 407. Duranton, IX, 1, 9, Limoges, 7 dicembre 1809, Sir., XIII, 2, 335. Ric. rig., 28 febbraio 1821, Sir., Sir. XXII, 1, 1., Ric.rig., 18 gennaio 1830, Sir., XXX, 1. 43 (Brusselles, cass. 1 ottobre 1835, *Giur. di B.*, 1836, 230, e buon numero di decisioni delle Corti di appello).

* La capacità putativa basta in un testimone. Donde segue che, se il testimone è generalmente tenuto per capace, poco monta che vi sia stata in lui un'incapacità ignorata; tanto risulta, non precisamente dalla famosa legge *Barbarius Philippus*, la quale non può qui citarsi che come lontano argomento, sibbene dalla l. 1, C. *de test. ord.* e dal § 7 delle Instituta, *de test. ord.*, che decidono categoricamente la quistione. « *Sed cum aliquis ex testibus, testamenti quidem faciendi tempore, liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam divus Adrianus Catoni, quam postea divi Severus et Antonius rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento: ut sic (firmum) atque si, ut oportebat, factum esset; cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, neque quisquam esset qui ei status quaestionem moveret.* »

*Questo testo è chiaro; ma i commentatori ne hanno abusato per dargli una estensione che non è punto nella mente del legislatore.

* Bartolo voleva che colui il quale eccepiva il manco di qualità de' testimoni nel tempo della confezione del testamento provasse altresì esser comune opinione che quelli erano incapaci. Gli era supporre che un testimone doveva esser presunto capace dall' opinione pubblica, tuttochè fosse provato il fatto della sua incapacità. Ma questa fallace dottrina d'un gran giureconsulto è stata ripudiata dalla pluppartе de' dottori: Baldo, Paolo di Castro, Mantica. La ragione e che l' errore non si suppone; onde, se è provato che il testimone non è idoneo, convien ritenere che l' opinione lo considerava come non idoneo, e spetta a colui che sostiene la validità del testamento provare che i testimoni aveano la capacità putativa nel momento che il testatore disponeva.

* La capacità putativa si stabilisce non solo con la credenza generale e la notorietà pubblica, ma eziandio con una serie di atti che le danno consistenza e formano come un possesso di stato. (Troplong, n. 1686).

affinità di uno dei testimoni con un legatario, non vizia il testamento, allorchè, a ragione di circostanze straordinarie, sia stato assolutamente impossibile al testatore o al notaio il conoscere questa incapacità (1).

L'incapacità di un testimone, risultante dalla sua parentela o dalla sua affinità con uno dei legatarii, produce la nullità del testamento intero, e non già quella soltanto delle disposizioni fatte in favore di questo legatario (2).

Del resto, quando siasi chiamato ad un testamento un numero di testimoni maggiore di quello che è richiesto dalla legge, la incapacità di uno o di più fra essi non vizia il testamento, se rimangano d'altronde do' testimoni capaci in numero sufficiente (3).

2. Delle formalità del testamento per atto pubblico.

Il Codice civile non contiene sulle formalità dei testamenti pubblici un sistema compiuto di legislazione speciale. Gli articoli di questo Codice, che prescrivono delle formalità particolari per tali testamenti, non hanno, in generale, altro oggetto, fuorchè quello di circondarli di più solennità che gli atti notarili ordinarii. Da ciò segue, che le regole generali stabilite dalla legge del 23 novembre 1819, sulle formalità degli atti notarili, debbono essere osservate nei testamenti pubblici, eccetto se il Codice vi abbia derogato con disposizioni che vi sieno formalmente contrarie (4). Da questo principio discendono, tra le altre, le seguenti conseguenze:

I testamenti pubblici debbono,

(1) Ric. rig., 31 luglio 1834, Sir., XXXIV, 1. 452.

(2) Delvincourt, II, 315. Duranton, IX, 120. Metz, 1 febbraio 1821, Sir., XXII, 2. 361. Ric. rig. 27 novembre 1833. Sir., XXXIV, 1, 266.—Il testamento dovrebbe forse essere annullato anche nel caso in cui la disposizione fatta in favore di un parente o affine di uno dei testimoni fosse nulla, per esempio, come infetta di sostituzione? La Corte reale di Parigi, 26 gennaio 1808, Sir., X.2, 493, ha deciso per la negativa. Ma questa decisione non ci sembra che debba essere seguita.

(3) *Utile per inutile non vitiatur.* Merlin, *Rep.* v. Testimone istrumentario, § 2, n. 2, 25. Toullier, V, 406. Duranton, IX, 121. Ric. rig., 6 aprile 1809, Sir., VII, 2, 1222.

(4) Questo principio è oggidì riconosciuto generalmente. Confr. le autorità citate nelle quattro note seguenti, e soprattutto: Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2. n. 3.

(Non è necessario che una data formalità richiesta dalla legge per la validità del testamento formi l'oggetto di una dichiarazione espressa e diretta: è bastevole che la sua esistenza risulti dal complesso delle enunciazioni del testamento combinate tra loro. Così, è valido un testamento ancorchè non contenga la menzione espressa che tutte le sue disposizioni sieno state lette al testatore in presenza de' testimoni, se questa lettura risulti d'altronde dal complesso delle enunciazioni del testamento. Gand, 27 dicembre 1829, *Giur. di B.*, 1840, 55). V. art. 20 della legge sul notariato, e n. 3 del decreto del 12 settembre 1828. Confr. art. 898 ravvicinato all'art. 927.

sotto pena di nullità, essere datati, e contenere la menzione del luogo e dell'ora precisa in cui sieno stati fatti (1). Essi debbono, sotto la stessa pena, contenere i nomi e i domicilii dei testimoni (2), del pari che la menzione della sottoscrizione del testamento fatta dal testatore e dai testimoni (3).

* Se occorra nella compilazione dell'atto di levare, variare, aggiungere qualche cosa, debbono interlinearsi le cose levate in modo che si possano leggere anche dopo, facendosene analoga annotazione in margine o in fine, e possono apporsi le necessarie postille in margine o in fine, purchè le annotazioni e le postille vengano sottoscritte dalle stesse persone che debbono firmare il rogito. Se le postille saranno fatte in margine, si dovrà nelle sottoscrizioni indicare il numero delle parole, specificandone la prima e l'ultima. Le annotazioni e le postille non fatte nel modo sopra indicato si hanno per non fatte. Art. 25, legge del 23 novembre, Decreto del 12 settembre 1828, n. 2.

Le formalità speciali, prescritte dal Codice civile pei testamenti pubblici, si riferiscono alla dettatura di questi atti, alla loro scrittura, alla lettura che dev'esserne fatta al testatore ed a' testimoni, alla menzione dell'adempimento di queste formalità; ed

*(1) Art. 13 della citata legge, e num. 4 del cennato decreto. Art. 17 della detta legge, e n. 3 del cennato decreto. Duranton, IX, 53. Ric. rig. 23 novembre 1825, Sir., XXVI, 1, 157. Lione, 18 gennaio 1832, Sir., XXXIII, 2, 386. * L'indicazione dell'ora per noi Italiani s'intende fatta alla Italiana; in modo che se si dica essersi fatto il testamento alle ore due, non bisogna esprimere se siano le ore due della sera o del mattino.

(Un testamento autentico non è nullo, solamente perchè il notaio non abbia indicata la casa o il luogo speciale in cui sia stato fatto: l'indicazione del comune o della città in cui l'atto sia stato stipulato è bastevole. Liegi. 13 aprile 1839, *Giur. di B.* 1839, 262. La giurisprudenza sembra fermata in questo senso. Vedi Brusselles, 10 giugno 1819; Caen, 12 novembre 1, 14; Cass. 23 novembre 1825).

(2) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2, n. 8. Delvincourt, II, 313. Civ. cass. 1 ottobre 1810, Sir., XI, 1, 21. Limoges, 8 agosto 1821, Sir., XXII, 2, 341. Confr. Aix, 3 dicembre 1822, Sir., XIII, 2, 374, Caen. 12 novembre 1814; Sir., XVI, 2, 361; Ric. rig., 23 novembre 1825; Sir., XXVI, 1, 157; Ric. rig. 24 luglio 1840, Sir., XLI. 1, 79.* V. art. 13 della detta legge del 23 novembre e n. 4 del detto decreto del 28.

(3) Legge del 25 ventoso anno XI, art. 14, comb. art. 68. Duranton, IX, 92. (Brusselles, cass., 2 dicembre 1833, *Giur. di B.*, 1834, 92). Ma non è necessario che il testamento menzioni che la firma del testatore sia stata apposta in presenza dei testimoni. Ric. rig., 3 maggio 1836, Sir., XXVI, 1, 914. Conf. sulle firme, testo n. 5) *infra*. La menzione della firma del notaio o de' notai non è richiesta sotto pena di nullità. Parere del consiglio di Stato del 16 luglio 1810, approvato il 20 dello stesso mese. *V. art. 4 della detta legge, del 23 novembre e n. 3 del detto decreto del 28.

alla firma da apporsi al testamento dal testatore e da' testimoni.

1) Della dettatura.

Il testamento dev'essere dettato dal testatore. Sarebbe nullo, se il testatore non avesse manifestate le sue volontà che per segni o per mezzo di note rimesse al notaio (1), ovvero in forma di rinvio ad un altro atto, come ancora se il testatore non avesse fatto che rispondere ad interrogazioni che gli fossero state dirette (2).

Allorchè il testamento sia ricevuto da due notai, è bastevole che sia stato dettato ad uno di essi in presenza dell'altro (3). Del rimanente, va ben inteso che la

(1) Duranton, IX, 69. Pothiers, 30 giugno 1836, Sir., XXXVI. 2. 508. Conf. nondimeno: Ric. rig., 14 giugno 1837. Sir., XXXVII, 1, 452. Adunque, un muto, quando ancora sappia scrivere, non può testare per atto pubblico.

(2) Nancy, 24 luglio 1835, Sir., XXXV, 2, 90. Ric., rig., 12 marzo 1838, Sir., XXXVIII, 1, 206. Confr., Nimes, 14 dicembre 1827, Sir., XXVIII 2, 98; Ric. rig., 19 gennaio 1841, Sir., XLI. 1, 333.

*Siccome non si starà mai abbastanza in guardia contro le suggestioni che possono assediare i testatori, la legge, volendo che il testamento contenga la volontà precisa del disponente *(justa mentis nostrae testatio)*, esige che il testatore detti le sue intenzioni e ch'egli ne sia solo ed unico interprete.

* Con questa disposizione, tolta di peso dall'antico dritto, si trova proscritta qualunque disposizione fatta sull'altrui interrogazione; il che ha luogo quando il notaio o altra persona domanda al testatore se voglia la tal cosa che gli si propone, ed il testatore risponde con un gesto o con un'affermazione.

* Vero è che in taluni casi coteste interrogazioni potrebbero farsi senza frode, senza idea di captazione, e non sarebbe per fermo impossibile che la persona la quale siffattamente interroga il testatore agisse nella cognizion delle vere intenzioni di lui, ch'egli non potesse da se medesimo spiegare e dedurre in modo intelligibile. Ma, se in simil caso non vi è sorpresa, almeno può temersi vi sia errore: e però debb'essere eliminato ogni dubbio, obbligando il testatore a pronunziare egli stesso di proprio moto le sue ultime volontà. Laonde non basta che, interrogato sulle sue disposizioni, egli risponda semplicemente con un *sì* o con qualche altra parola che dimostri il suo consenso.

* Quando il testatore ha chiaramente esposta la sua idea, non è mica inibito al notaio di aiutarlo allo svolgimento di quella.

* Un testatore, dopo aver legato dei pezzi di terra col loro nome, si era fatto aiutare, sia dal notaio, sia dai testimoni istrumentari, per designarne i confronti. Si pretendeva che ciò bastasse per far decidere che il testamento non era stato dettato. Ma, siccome si era trattato di soccorrere al testatore onde non lasciasse verun dubbio sopra le intenzioni da lui già espresse, il mezzo non fu ammesso.(Troplong n.1521 e 1524).

(3) È impossibile d'intendere altrimenti le parole: « loro viene dettato, » le quali si trovano nel primo comma dell'art. 897. *Discussione presso il consiglio di Stato* (Locrè, *Leg.* t. XI, n. 17). Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2, numero 2.

dettatura dee sempre aver luogo in presenza dei testimoni (1).

La dettatura può esser fatta in una lingua straniera. Ma, in simil caso, è indispensabile che il notaio ed i testimoni comprendano l' idioma del testatore (2). Art. 897, comma 1 e 2.

2) Della scrittura.

Il testamento dev'essere scritto, tale quale è dettato, dal notaio, o da uno dei notai che lo ricevano (3). Artic. 867, comma 1 e 2

Le parole: « tale quale è dettato », non significano che il notaio sia obbligato di riprodurre una per una le parole del testatore. È sufficiente che egli esprima esattamente il senso e la sostanza di queste parole (4). La compilazione può esser fatta in

(1) L' art. 897 non esige, egli è vero, che il testamento sia dettato e scritto in presenza de' testimoni, ma la necessità del loro concorso a queste due operazioni risulta dalla definizione stessa che l' art. 896 dà del testamento per atto pubblico. Nancy, 24 luglio 1833, Sir., XXXV, 2, 90. (Brusselles, cass. 6 febbraio 1816 e la Haye 12 maggio 1826, *Pasicrisia belgica*, sotto queste date).

* La dettatura deve esser fatta a voce intelligibile, non pure in presenza de' notai o del notaio, ma dei testimoni altresì. Tanto risulta dall'articolo precedente, il qual vuole che il testamento sia ricevuto in presenza dei testimoni; or noi abbiamo detto che la parola *ricevuto* comprende la dettatura e la scrittura.

* Se i testimoni non fossero presenti a tutta la serie delle operazioni onde si compone il testamento, vi sarebbe evidentemente nullità.

(2) Merlin, *Rep.* v. Lingua francese, n. 3 e 4. Duranton, IX, 79 ed 80.

* Su questa materia abbiamo il decreto, 11 giugno 1838, così concepito:

* 1. Lo straniero il quale non conoscendo la lingua italiana intenda procedere a qualche atto di ministero notariale, dovrà avvalersi dell'opera di un interpetre, che sarà scelto dalle parti intervenienti nell'atto. Non occorrerà cotesto interpetre qualora il notaio conosca la lingua dello straniero.—2. L'interprete che per l'oggetto parteciperà nell'atto, presterà nelle mani del notaio stipulatore il giuramento di adempiere fedelmente ed esattamente la sua commissione. —3. La compilazione dell'atto sarà in italiano giusta l'art. 12 *l.* 23 novembre 1819. In continuazione vi sarà la corrispondente traduzione dall'interprete o dal notaio della lingua dello straniero. Questa traduzione di cui sarà data speciale lettura allo straniero dall'interpetre o dal notaio, formerà parte integrale dell' atto. — 4. Sarà fatta nell'atto espressa menzione dello adempimento di ciascuna delle prescrizioni comprese nei precedenti articoli.

(3) Il testamento potrebbe forse essere scritto in parte da uno de' notai ed in parte dall'altro? Sembraci che niente vi si opponga. Soltanto, bisognerebbe farsi menzione di tale circostanza. Se il primo comma dell'art. 897 dice che il testamento dev' essere scritto *da uno* dei notai, usa questa locuzione sol per esprimere che il testamento non può essere scritto da un aiutante o da qualche altra persona. Il resto dell'articolo non lascia alcun dubbio a questo riguardo. Toullier, V, 422. nella nota. (Troplong 1531).

(4) Toullier, V, 419. Duranton, IX, 76 e 77. Grenier, I, 236. Ric. rig., 4 marzo 1840, Sir., XL, 1, 337. Conf.

terza persona ed in forma di narrazione, del pari che in prima persona (1).

Il preambolo del testamento può essere preparato anticipatamente dal notaio, vale a dire, scritto da lui prima che si trovi in presenza del testatore e dei testimoni (2).

3) Della lettura.

O che il testamento sia stato ricevuto da un solo notaio o che sia stato ricevuto da due notai, di esso dev'essere data lettura al testatore in presenza dei testimoni. Art. 897. La lettura dee versare sul testamento, e per conseguenza sulle aggiunzioni e sulle postille, quando ne esistano (3). La lettura che il testatore medesimo avesse fatta del testamento, non supplirebbe a quella che deve essergliene fatta in presenza dei testimoni (4).

4) Della menzione delle formalità indicate di sopra.

Il testamento dee contenere la menzione espressa dell' adempimento di ciascuna delle formalità indicate ne' tre precedenti numeri (5). Queste menzioni, per le quali è prudente cosa il servirsi delle stesse espressioni impiegate nell'artic. 897, possono nondimeno esser fatte in termini equipollenti che rendano esattamente la stessa idea (6).

La menzione che un testamento ricevuto da un solo notaio è stato dettato dal testatore e scritto dal notaio, è bastevole, quanto alla formalità della dettatura, benchè non siasi detto espressamente che il notaio sia quegli a

Civ. rig. 3 dicembre 1807, Sir., VIII, 1, 103.

(1) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2, n. 2, quest. 7. Angers, 13 agosto 1807, Sir., VII. 2. 653. Riom, 17 novembre 1808, Sir., IX, 2, 73. Civ. cass., 18 gennaio 1809, Sir., IX, 1, 129.

(2) Ric. rig., 14 giugno 1837, Sir., XXXVII, 1, 482. *Ibid.*, 4 marzo 1840; Sir., XL, 1, 337.

(3) Ma se una aggiunzione o una postilla si trovasse infetta di nullità, la mancanza di lettura di questa aggiunzione o di questa postilla non trarrebbe seco la nullità del testamento. Pau, 17 gennaio 1833, e Ric. rig. 24 novembre 1833, Sir., XXXVI, 1, 105.

(4) È nullo il testamento il quale contenga soltanto la menzione che il testatore, sapendo leggere, ma essendo sordo, abbia letto egli stesso il testamento in presenza de' testimoni. Liegi, 14 marzo 1818. (*Pasicrisia belgica*, sotto questa data).

(5) La legge non richiede la menzione speciale della presenza de' testimoni alla dettatura ed alla scrittura del testamento. La mancanza di tale menzione non potrebbe di per sè sola produrre la nullità di quest'atto. Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2. n. 4. quist. 3. Metz, 19 dicembre 1816, Sir., XVIII, 2, 325. (Brusselles, cass., 17 maggio 1819, e Brusselles, 7 febbraio 1825, *Pasicrisia belgica*, sotto queste date). Nondimeno, gli eredi *ab intestato* dovrebbero in simil caso essere ammessi a provare con testimoni che la dettatura e la scrittura non abbiano avuto luogo in presenza de' testimoni; e questa prova produrrebbe la nullità del testamento. (Troplong n. 1539.

(6) Questa proposizione è generalmente ammessa. Conf. Ricard, *delle*

cui la dettatura sia stata fatta (1). Se il testamento sia ricevuto da due notai, è sufficiente lo enunciare che la dettatura sia stata fatta ad uno dei notai in presenza dell'altro (2). Non è neppure necessario lo indicare in siffatto caso quello dei due notai che abbia scritto il testamento (3).

La dichiarazione che il testamento è stato pronunziato dal testatore, e scritto dal notaio, a misura che il disponente pronunziava, equivarrebbe alla menzione della dettatura fatta dal testatore. Ma la semplice enunciazione che il notaio ha scritto il testamento da parola a parola, non adempirebbe sufficientemente al voto della legge (4).

La mancanza della menzione della scrittura del testamento fatta dal notaio resterebbe coverta, quando risultasse dallo stato materiale del testamento che il notaio sia quegli che lo abbia scritto, artic. 927 n. 1. La dichiarazione del notaio, che egli ha concepito il testamento a misura che gli è stato dettato, ovvero, che il testatore ha dettato il testamento, e che l'atto è stato stipulato e redatto da esso notaio, od ancora, che il testamento gli è stato dettato, che egli lo ha redatto, fatto e disteso, e che egli ne ha dato atto, non equivarrebbe alla menzione espressa che il testamento è stato scritto dal notaio (5).

La menzione che il testamento è stato dettato dal testatore e scritto dal notaio, è bastevole per attestare che esso sia stato scritto tal quale è stato dettato, benchè il testamento non contenga altre espressioni che potessero essere considerate come equipollenti alle parole : tale quale è stato dettato (6).

Donazioni, parte 1, n. 1302. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2 n. 2, quist. 3; (Brusselles, 2 novembre 1831, *Giur. di B.* 1832, 1, 72).

(1) Quando un testamento venga ricevuto da un solo notaio, non dev'essere fatta espressa menzione che a *lui* sia stato dettato. (Brusselles, 9 dicembre 1815, *Giur. di B.* 1815, 2, 163).

(2) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3. art. 2, n. 2, quist. 3 e 4. Toullier, V, 416. Duranton, IX, 70. Brusselles, 16 gennaio 1808, Sir., X, 2, 503. Ric. rig., 19 agosto 1807, Sir., VII, 1, 428. Parigi, 23 agosto 1811, Sir., XII, 2, 7.

(3) Ric. rig., 26 luglio 1812, Sir., XIII, 1, 937. Vedi in senso contrario; Toullier, V, 423.

(4) Parigi, 17 luglio 1806, Sir., 2, 191, Dijon, 12 aprile 1820, Sir., XXIII, 2, 74. Conf. Duranton, IX, 71; Riom, 26 marzo 1810, Sir., XI, 2, 91.

(5) Duranton, IX, 74. Tolosa 16 dicembre 1806, Sir., VII, 2, 273. Ric. rig., 27 maggio 1807 Sir., VII, 1, 342, Ric. rig., 4 febbraio 1808, Sir., VIII, 1, 173. Torino, 14 aprile 1810, Sir., X, 2, 217. Colmar, 11 febbraio 1815, Sir., XVIII, 2, 159. Confr. Aix, 3 dicembre 1812, Sir., XIII, 2, 374.

(6) Duranton, IX, 82. Tolosa, 16 e 25 aprile 1806, Sir., VI. 2, 650 e 736. Ric. rig., 3 dicembre 1806, Sir., VIII, 1, 103.

(Il testamento il quale dica, *che è stato fatto e dettato dal testatore*

La menzione della lettura del testamento in presenza dei testimoni non prova sufficientemente che il testamento sia stato letto al testatore (1). Sarebbe lo stesso della menzione, che il testamento è stato letto nell'appartamento del testatore ed allato al suo letto (2). Ma la clausola, che dopo la lettura del testamento, il testatore ha dichiarato di persistervi, equivarrebbe alla menzione che al testatore medesimo ne sia stata fatta lettura (3).

La menzione, che il testamento è stato letto al testatore ed ai testimoni, ovvero, ai testimoni del pari che al testatore, non prova sufficientemente che la lettura ne sia stata fatta al testatore in presenza dei testimoni (4).

Le diverse menzioni richieste

al notaio, che l'ha scritto per intero di sua mano, così come segue... soddisfa al voto della legge, la quale esige che il testamento faccia menzione di essere stato scritto dal notaio tal quale gli è stato dettato dal testatore. Brusselles, 18 aprile 1827, *Giur. di B.* 1829, 2, 16, *Giur. del XIX secolo*, 1827, 3, 67. Dalloz, X, 350 e seg. — Vi ha sufficiente menzione che il testamento sia stato scritto dal notaio tal quale gli è stato dettato, adoperandosi le seguenti espressioni: *è stato così dettato dal detto testatore a me notaio, in presenza di... ed è stato scritto da me suddetto notaio, presenti i detti testimoni*, se venga detto, dopo la menzione della lettura, che il testatore abbia dichiarato che il tutto sia conforme alla sua dettatura ed alle sue intenzioni. Liegi, 31 gennaio 1817, *Pasicrisia belgica*).

(1) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2, n. 3, quist. 1 e 2. Torino, 30 frimale anno XIV, Sir., VI, 2, 65.

(2) Merlin, *op. e luogo cit.* quist. 3; confr. quist. 4. Aix, 11 maggio 1807. Sir., VII, 2, 294.

(3) Merlin, *op. e luogo cit.* quist. 5. Ric. rig., 6 aprile 1824; Dalloz, *Giur. gen.* v. Disposizioni tra vivi e testamentarie t. V.

(Si soddisfa all'art. 897 del Codice civile, con questa menzione: *Ho scritto il testamento tale quale è stato dettato, e l'ho dappoi letto al testatore, il quale ha dichiarato di comprenderlo e di persistervi, il tutto letto in presenza dei testimoni.* Brusselles 9 dicembre 1815. *Giur. di B.* 1815, 2, 163. Dalloz, X, 439).

(4) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2, n. 4, quist. 3 e 4. Duranton, IX, 83. Limoges, 8 luglio 1808, Sir., VIII, 2, 234. Civ. cass. 13 settembre 1809, Sir., X, 1, 234. Civ. cass. 24 giugno 1811, Sir., XI, 1, 259. Civ. cass. 6 maggio 1812, Sir., XII, 1, 383. Conf. Ric. rig., 30 novembre 1813, Sir., XIV, 1, 70. Civ. cass. 23 maggio 1814, Sir., XIV, 1, 145. Ric. rig. 20 novembre 1817, Sir., XIX, 1, 31; Corsica, 2 giugno 1828, Sir., XXVIII, 2, 268.

* Toullier n. 428 combatte vivamente la superiore giurisprudenza, e giunge fino a dire che puossi riguardare come principio incontrastabile che non basta per annullare un testamento che il modo in cui è concepita la clausola relativa alla menzione della lettura, sia ambigua e presenti un senso, secondo il quale è possibile che si sono fatte due letture separate, una cioè al testatore e l'altra a' testimoni, se esso presenta un altro senso secondo il quale si è fatta la lettura simultanea al testatore ed ai testimoni, perchè allora si deve applicare la regola di interpretazione consacrata coll'articolo 1110.

dall'artic. 897, e principalmente quella della lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni, possono risultare da frasi distinte, ed anche separate da qualche disposizione. Si può dunque, e si deve, allorchè trattisi di sapere se la lettura di un testamento al testatore, in presenza dei testimoni, sia debitamente provata, combinare tra loro le diverse enunciazioni che racchiuda questo testamento, e decidere l'affermativa quando la menzione dell' adempimento di questa formalità risulti sufficientemente dal complesso di tali enunciazioni (1).

Se una menzione fatta in un testamento sia suscettiva di due interpetrazioni differenti, delle quali una soddisfarebbe al voto della legge, mentre l'altra non lo raggiungerebbe, deesi in preferenza adottare la prima (2).

La legge non avendo determinato il luogo del testamento in cui debba trovarsi la menzione della osservanza delle diverse formalità testamentarie, perciò questa menzione può esser posta indifferentemente, o nel principio, o nel corpo, o nella fine dell'atto. Ma va bene inteso.che essa dev' essere collocata prima delle sottoscrizioni (3).

* La Gran Corte civile di Palermo 7 marzo 1831 (Raccolta di decisioni vol. 1 pag. 297) ispirandosi nelle idee di Toullier decise che il dire di aver data (il notaio) lettura al testatore alla *presenza* dei testimoni, equivale pienamente e perfettamente al dire di aver data quella lettura stessa *al testante ed ai testimoni*.

* Se non che Duvergier, sotto Toullier. è di accordo con la giurisprudenza, e Troplong n. 155 e seg. combatte con un'analisi maravigliosa l'opinione di Toullier, rafforzando sempre il celebre detto di Merlin: che è impossibile vi possa essere menzione espressa colà ove non vi è che menzione suscettiva di due sensi.

(Vi ha sufficiente menzione della lettura al testatore ed a' testimoni riuniti, allorchè l'atto enuncii di esserne stata data lettura al testatore, presenti... testimoni a ciò specialmente chiamati e presenti durante tutta la redazione del presente e della sua lettura. Liegi 9 marzo 1813.

—Il testamento, il quale enuncii di essere stato letto e riletto al testatore ed a' testimoni, e confezionato in presenza di tutti, contiene una bastevole menzione che la lettura sia stata fatta all' uno ed agli altri riuniti. Liegi, 16 dicembre 1811).

(1) Ric. rig. 28 novembre 1816, Sir., XVIII, 1, 11; Riom 1 dicembre 1818, Sir., XX, 2, 132. Ric. rig., 9 febbraio 1820, Sir., XX, 1, 197. Ric. rig. 2 agosto 1821, Sir., XXII, 1, 16. Ric. rig., 12 luglio 1827, Sir., XXVII, 1, 523. Civ., cass. 22 luglio 1829, Sir., XXIX, 1, 343. Orléans, 10 febbraio 1830, Sir., XXX, 2, 156. Ric. rig. 1 marzo 1841, Sir., XL. 1, 1, 206.

(2) Arg. art. 1110. Toullier, V, 429. Riom, 3 dicembre 1827, Sir., XXX, 2, 39. Questa regola d' interpretazione non condanna, come Toullier (V, 428) sembra crederlo, la soluzione che abbiamo data alla quistione, se la menzione della lettura del testamento *al testatore ad ai testimoni* adempia al voto della legge.

(3) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 2 art. 5. Vedi in particolare, sulla menzione della dettatura fatta dal testatore, e della scrittura del testamento eseguita dal notaio;

Il notaio, il quale riceva un testamento, dev'egli stesso rendere testimonianza dell'adempimento delle formalità prescritte dalla legge. Egli dunque non può mettere in bocca del testatore la menzione dell'osservanza di queste formalità (1).

5) Della firma del testatore, dei testimoni e del notaio (2).

Il testamento dev'essere sottoscritto dal testatore e firmato in ogni foglio, dai testimoni e dal notaio pure in ogni foglio. Esso non riceve perfezione che dalla apposizione di queste firme. Così, il testamento rimane imperfetto, e deve, per conseguenza essere considerato come inesistente, allorchè la morte abbia sorpreso il testatore prima che egli avesse terminato la sua sottoscriziona, o allorchè il testatore fosse morto prima che i testimoni ed il notaio avessero firmato, o finalmente allorchè uno dei testimoni ovvero il notaio fosse morto prima di avere apposta la sua firma (3).

Se il testatore dichiari che egli non sappia o non possa scrivere dev'essere fatta nell'atto espressa menzione della sua dichiarazione del pari che della causa la quale gl' impedisca di scrivere. Art. 899.

La dichiarazione del testatore di non sapere scrivere fa sufficientemente conoscere la causa della mancanza della firma. La dichiarazione di non poter firmare o scrivere è insufficiente, se la causa dell'impedimento non sia indicata (4).

Il testamento nel quale il testatore avesse dichiarato di non sapere scrivere, sarebbe nullo, se in realtà egli avesse saputo scrivere, ed avesse firmato abitualmente prima di questa dichiarazione (5). Sarebbe altrettanto di un testamento nel quale un te-

Torino 30 frimile anno XIV, Sir., VI, 2, 65; Ric. rig. 36 luglio 1804, Sir., IX, 1, 369; Ric. rig., 26 luglio 1808, Sir., IX, 1. 369; Ric. rig., 18 ottobre 1809, Sir., X, 1, 57; Ric. rig., 8 luglio 1834, Sir., XXXIV, 1, 754. Vedi sulla menzione della presenza de' testimoni; Ric. rig., 7 luglio 1806 Sir., VI, 1, 350.

(1) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 2, art. 6; e *Quist.* v. Testamento, n. 13. Dalloz, *Giur. gen.* v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. V, § 5. Limoges, 22 giugno 1813 Sir., XIV, 2, 268. Conf. nondimeno: Civ. rig., 13 maggio 1829, Sir., XXIX, 1, 233 e 282. Vedi pure gli arresti della Corte suprema di Brusselles, de' 5 aprile 1816 e 16 maggio 1821, riportati da Merlin, *op. e v. cit.* t. XXXIII. Vedi in senso contrario: Duranton, IX, 101; Torino 28 dicembre 1810, Sir., XII, 1, 101.

(2) Vedi, intorno a ciò che bisogna intendere per firma, § prec.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Sottoscrizione. Toullier, V. 444. Duranton, IX. 98. Gand, 5 aprile 1833, Sir., XXXIV, 271. È forse necessario che il notaio apponga la sua firma in presenza del testatore? Vedi per l'affermativa; Ric. rig., 20 gennaio 1840, Sir., XL. 1, 111.

(4) Duranton, IX, 95. Caen, 11 dicembre 1822, Sir., XXIII, 2, 128, Poitiers, 28 agosto 1834, Sir., XXXIV, 2, 322.

(5) Arg. dalle parole dell'art. 899: « Se il testatore non possa firmare » Una falsa dichiarazione di tal natura

statore avesse falsamente dichiarato di non potere scrivere.

La menzione richiesta dall'art. 899 deve enunciare, sulla dichiarazione del testatore, che egli non sappia o non possa scrivere. La semplice enunciazione che il testatore non sapesse o che egli non avesse potuto scrivere, sarebbe insufficiente (1). Sarebbe lo stesso della menzione di una interpellazione fatta dal notaio al testatore di firmare o di dichiarare l'impossibilità di farlo, ancorchè il testamento indicasse la causa dell'impotenza in cui il testatore siasi trovato di scrivere (2).

Del resto, la menzione della dichiarazione del testatore di non sapere o di non potere scrivere può, come ogni altra menzione, esser fatta in termini equipollenti (3).

Se, dopo la menzione che il testatore ha scritto, si trovi detto, che essendosi sforzato di farlo, egli ha dichiarato di non poterlo, a cagione della sua malattia o della sua debolezza, l'opposizione apparente che esiste tra queste due enunciazioni non vi-

non può essere riguardata che come un rifiuto mascherato di firmare. Merlin, *Quest.* v. Sottoscrizione, § 3. Grenier, I, 2. 3. Toullier, V, 439. Duranton; IX, 99. Grenoble: 25 luglio 1810, Sir., XI, 2, 460. Trèves, 18 novembre 1812, Sir., XIII, 2, 366. Limoges, 26 novembre 1823, Sir., XXVI, 2, 180. — Confr.: Ric. rig., 5 maggio 1831, Sir., XXXI, 1, 199; Montpellier, 27 giugno 1834 Sir., XXXV, 9, 169; Bordeaux, 18 gennaio 1837, Sir., XXXVII, 2, 218; Ric. rig., 38 gennaio 1840, Sir., XL, 1, 115. (La Haye, 20 ottobre 1824. *Pasicrisia belgica.* — Il testamento in cui la testatrice dichiari *di non sapere scrivere nè firmare, perchè non l'ha appreso*, è nullo, se contesta dichiarazione sia menzogniera e simulata. L'intervento degli eredi in un testamento, e la loro adesione alle disposizioni che esso racchiuda, non costituiscono un fine di non ricevere contro di essi, relativamente alla validità del testamento. Bruxelles, 22 marzo 1817).

(1) Merlin, *Rep. e* v. *luogo cit.* Toullier, V, 437. Grenier, I, 242. Così la menziono che *il testatore essendosi sforzato di firmare*, non ha potuto farlo, *a causa del tremore delle sue mani*, non soddisferebbe al voto della legge, quando ancora la verità del fatto così enunciato risultasse dallo stato materiale del testamento medesimo. Ric. rig., 5 aprile 1825, Sir., XXVI, 1, 71. Civ. cass., 15 aprile 1835, Sir., XXXV, 1, 359. Conf. Tolosa, 5 aprile 1818, Sir., XXIII, 2, 68; Caen, 11 dicembre 1822, Sir., XXIII, 2, 128.

(2) L'interpellazione del notaio non importa necessariamente la prova di una risposta fatta dal testatore. Deesi dunque, quando l'atto non faccia formalmente menzione di tale risposta, supporre secondo lo spirito della legge, la quale richiede una menzione espressa della dichiarazione del testatore, che costui non abbia risposto all'interpellazione del notaio. Merlin, *Rep.* v. Sottoscrizione, § 3, art. 2, n. 8. Limoges, 17 giugno 1808, Sir., VIII, 2, 218. Limoges, 4 dicembre 1821, Sir., XXII, 2, 167. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 438; Tolosa, 27 aprile 1813, Sir., XIII, 2, 168.

(3) Confr. Colmar, 13 novembre 1813, Sir., XIV, 2, 284.

zia il testamento (1).

La menzione della dichiarazione del testatore, di non sapere o di non potere scrivere debbe succedere e far parte della lettura e della pubblicazione. Rescritto 4 agosto 1847.

Il testamento per atto pubblico dev'essere firmato da tutti i testimoni ed anche in ciascun foglio. Nondimeno, nelle campagne è bastevole che uno dei testimoni firmi, se il testamento sia ricevuto da due notai, e che firmino due dei quattro testimoni, se esso sia ricevuto da un solo notaio. Artic. 900. Il testamento deve, in tal caso, enunciare che il testimone o i due testimoni, i quali non abbiano firmato, non avessero saputo ovvero non avessero potuto farlo; ma non è necessario che la menzione cada su di una dichiarazione fatta relativamente a ciò dai testimoni medesimi (2). Il senso della parola campagna non essendo stato determinato nè dal Codice civile nè da verun' altra legge attualmente in vigore (3), spetta ai tribunali di decidere, mercè l'estimazione delle circostanze locali, se il tal luogo debba essere reputato campagna nel senso dell'art. 900 (4).

Tutte le regole prescritte dal

(1) Duranton, IX, 96 e 97. Merlin, *Rep.* v. Sottoscrizione, § 3, articolo 2. n. 10. Ric. rig., 21 luglio 1806, Sir., VI, 2, 950. Civ. rig. 18 giugno 1816, Sir., XVII, 1, 158. *Quid*, se dopo di aver menzionato che il testatore abbia firmato, il notaio avesse aggiunto che il testatore, avendo incominciato a firmare, non abbia potuto terminare la sua firma per motivo della debolezza che gli fosse sopraggiunta? In simil caso, il testamento dovrebbe, a parer nostro, essere annullato; perciocchè una firma rimasta incompiuta non è firma, e la menzione della causa per la quale la firma fosse rimasta incompiuta partirebbe dal notaio e non dal testatore medesimo.

(La menzione che il testatore abbia dichiarato di non sapere *più scrivere*, *a causa della sua malattia o dell'apoplessia da cui sia stato colpito*, soddisfa al voto dell'art. 899 del Codice civile. Brusselles, 6 ottobre 1815, *Pasicrisia belgica*).

(2) Conf. Legge del 25 ventoso anno XI, art. 14, comb. art. 68. L'articolo 14 di questa legge non avendo espressamente richiesta, se non che dal canto delle parti, una dichiarazione di non sapere o di non potere scrivere, non se ne deve estendere la disposizione a' testimoni. Merlin, *Rep.* v. Sottoscrizione. Grenier, I, 242. Dallos, *Giur. gen.* v. *cit.* I. V. Conf. Tolosa, 27 aprile 1813, e 29 giugno 1821, Sir., XXII, 2, 168 e 169.

(3) L'ordinanza del 1735, art. 45, richiedeva la firma di tutti i testimoni nella città o nei borghi chiusi, e contentavasi negli altri luoghi della firma della metà de' testimoni. Il Tribunato propose di applicare la qualificazione di *campagna* a tutti i luoghi la cui popolazione fosse al di sotto di mille anime. Ma questa proposizione non ebbe sfogo, Locré, *Legisl.*, t. XI, n. 43.

*(4) Sul significato della voce campagna, Troplong fa le seguenti osservazioni:

*Ma la compilazione dell'art. 974 (900) diè luogo ad una quistione. Che s'intende per *campagna?* esclude questa parola, non solo le città, ma ancora i borghi, le popolazioni

Codice civile, tanto sulla capacità dei testimoni, quanto sulle formalità del testamento per atto pubblico, debbono essere osservate sotto pena di nullità. Artic. 927. La nullità di una disposizione (1) aggiunta ad un testamento, benchè prima delle altre formalità richieste, trarrebbe seco la nullità del testamento intero (2).

Allorchè un testamento per atto pubblico venga impugnato per causa d' incapacità di uno dei testimoni che vi abbiano figurato, l'attore è ammesso a provare que-

agglomerate d' una certa importanza, che non sono aperta campagna?

* L'ordinanza del 1735 esigeva la firma di tutti i testimoni « nelle città e borghi chiusi ». Si comprenderà che il Codice abbia rigettata questa espressione, atteso che la maggior parte delle città e de' borghi della Francia non hanno nè porte nè mura. Ma si deve egli inferire dall'ordinanza del 1735 che il vocabolo *campagna* di cui si serve la nuova legge sia adoperato in opposizione alle parole *città e borghi*, talchè tutti quelli che saran città o borghi non possano considerarsi come campagna? In origine s'inclinava a credere che l'articolo 974 (900) avesse usata la voce *campagna* in opposizione a *città*; ma questa opinione era estremamente esclusiva, e risulta dallo spirito generale della giurisprudenza vigente che, non avendo la legge sancita veruna regola per determinare quali sieno i luoghi da considerarsi come campagna e che debbano profittare dell'eccezione contenuta nell'articolo 974 (900), incombe ai magistrati assodare, vuoi a norma della popolazione del luogo ove è ricevuto il testamento, vuoi da altre circostanze, se l'atto sia nel caso dell'eccezione.

* Queste circostanze possono essere numerose. Così potrebbe vedersi una campagna, almeno nel senso dell'art. 974 (900), in un villaggio agglomerato che non avesse nè notaio, nè giudicato di pace, nè scuola, nè posta delle lettere, nè veruna di quelle industrie locali, come osterie, caffè, banchieri, che fan supporre l' esistenza di gente che sappia leggere e scrivere. Suppone infatti la legge che la località che essa mette fuori della regola ordinaria non permetta di trovar testimoni atti a firmare; or quando il villaggio, per le condizioni in cui è posto, per la mancanza di commercio, d'industria e di stabilimenti, non è di quelli in cui il notaio possa facilmente riunir de' testimoni che sappiano firmare, si verifica la presunzione dell' articolo 974 (900) e non bisogna esitare ad annoverare la comune o il villaggio fra i luoghi di campagna. Toullier cita un altro esempio, ed è il caso in cui il testamento fosse stato fatto in un luogo dipendente da una città, ma a grandissima distanza. Noi non esitiamo a conchiudere con essolui che il luogo potrebbe allora esser considerato come campagna, benchè in generale il casale dipendente dalla città faccia parte di quella.

(1) Un' addizione, che non fosse se non una semplice spiegazione, la quale il giudice avrebbe potuto supplire, non pregiudicherebbe alla validità del testamento.

(2) L. 21, § 1, D. *Qui test. fac. poss.* (28, 1.) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2. n. 6; *Quist.* v. Testamento, § 11. Duranton, IX, 100. Grenier, I, 239. Ric. rig. 19 aprile e 13 settembre 1809, Sir., IX, 1. 244 e 433. Civ. rig., 4 novembre 1811, Sir., XII, 1, 33 e 178. Tolosa, 12 agosto 1831, Sir., XXXII, 2, 386.

sta incapacità per mezzo di una semplice prova testimoniale, ancorchè il testamento enunciasse che i testimoni in esso intervenuti godevano delle qualità richieste (1).

È lo stesso allorchè un testamento pubblico venga impugnato per causa di assoluta sordità del testatore, quantunque il testamento assicuri che ne sia stata fatta lettura al testatore, e che questi abbia dichiarato di averne compreso il contenuto, e di approvarlo, per essere l'espressione delle sue volontà (2). Per contrario, non altrimenti che per mezzo della iscrizione in falso potrebbe altri essere ammesso ad impugnare un testamento pubblico sotto il pretesto che il testatore, essendo muto, non abbia potuto dettare le sue ultime volontà (3), ovvero che qualche altra formalità, la cui osservanza si trovi assicurata dal testamento, non sia stata in realtà adempiuta.

596 c. Del testamento mistico o segreto (4).

Colui il quale voglia fare un testamento mistico può, o scrivere egli stesso le sue disposizioni di ultima volontà, ovvero farle scrivere (5) da quella persona che egli stimi convenevole, per esempio, dal notaio che egli intenda incaricare della compilazione, da una delle persone che egli si proponga di chiamarvi come testimoni (6), ed anche da una di quelle a vantaggio delle quali ei voglia disporre (7). Nell'uno o nell'altro caso, egli deve

(1) La capacità de' testimoni non è un fatto di cui il notaio sia giudice, o che egli abbia la missione di comprovare.

(2) In somigliante caso, non si mette in contestazione la realtà dei fatti materiali attestati dal notaio. Si attacca semplicemente la verità della dichiarazione fatta dal testatore: non si impugna la fede dovuta all'atto.

(3) Questa allegazione sarebbe in diretta opposizione col fatto materiale della dettatura del testamento eseguita dal testatore: fatto, il quale trovasi autenticamente comprovato.

(4) Bibliografia.—Mourau, *Trattato sul testamento mistico*; Parigi 1819. 1 vol. in 8. Gensseuheimer, Gottinga, 1812. Tinga, *de Testamento mystico seu clauso, secundum codicem civilem gallicum*: Groeningen, 1837. Vedi sulla parte storica di questa materia: *Giurisprudenza del codice civile*. IV. 1.

(5) Il testatore potrebbe anche scrivere egli medesimo una parte delle sue disposizioni, e fare scrivere il dippiù da un altro. Solamente egli dovrebbe far menzionare questa circostanza nell' atto di soprascrizione. Confr. Lione, 26 gennaio 1822, Sir., XXIII, 2, 296.

(Giusta l' art. 904 del Codice civile, è bastevole che sia provato che il testatore sapeva o poteva leggere, e quindi il fatto che il defunto non avesse letto il testamento mistico presentato da lui, dev'essere rigettato come non rilevante.

— Un testamento mistico non sarebbe nullo, solamente perchè fosse stato scritto da uno dei legatarii.— Gand. 15 giugno 1839. *Giur. di B.* 1830, 385).

(6) Grenier, 1, 264. Toullier, V, 467. Delvincourt, sull' art. 902. Duranton, IX, 126. Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II. § 3, art. 3, n. 20.

(7) Toullier, V, 466. Duranton, IX, 126. Nimes, 21 febbraio 1821, Sir., XXI, 2, 274.

firmare lo scritto che racchiude le sue disposizioni; ma non è, in generale, tenuto ad apporvi la data (1).

Lo scritto contenente le disposizioni di ultima volontà, ovvero la carta che gli serve d'involto, dev'essere chiuso e suggellato di tal maniera che non si possa aprire o trarre via questo scritto, senza danneggiarlo o senza rompere l'involto nel quale trovisi rinchiuso (2). La suggellazione dev'essere fatta mercè d'un suggello avente una impronta. Non basterebbe che lo scritto contenente le ultime volontà, ovvero la carta che serve d'involto, fosse stato chiuso con ostie o con cera di Spagna, ma senza alcuna impronta di suggello (3). Non è però necessario che il testato-

(1) Merlin, *Rep. e v. luogo cit.*, n. 10. Toullier, V, 473. Duranton, IX, 123. Ric. rig. 14 maggio 1809, Sir., IX, 4, 255. Confr. art. 905.

(2) Merlin, *Rep. e v. luogo cit.* n. 14, 5 Angers, 19 febbraio 1824, Sir., XXIV, 2, 164.

(Onde un testamento mistico sia valido, è bastevole che sia stato chiuso e suggellato in modo da rendere moralmente impossibile ogni cangiamento, e che d'altronde tanto lo stato della carta quanto quello dello scritto attestino la mancanza di ogni alterazione.

— Il segreto non è dell'essenza del testamento mistico. Brusselles, 13 novembre 1844. *Giur. di B.*, 1844).

* (3) Questa quistione è non poco dibattuta; e quel che è più, gli scrittori e la giurisprudenza discordano tuttora. Noi riporteremo tutto quanto può far comprendere lo stato della quistione fin oggi.

* Marcadè così si esprime:

* La carta che contiene le disposizioni o quella che forma l'involucro non dee soltanto essere chiusa, deve inoltre essere suggellata; e per conseguenza è necessaria la apposizione d'un suggello. Se non che Vazeille (n. 4), Coin-Delisle (n. 28) pensano non potersi esigere quest'apposizione d'un suggello; e ciò perchè, avendo il vocabolo *sceller* due significati; uno più stretto (*marcare con un suggello, con una impronta*), l'altro più ampio e che è sinonimo di *chiudere esattamente*, nulla obbliga ad intender la legge nel senso più rigoroso; che pur si dice che degli oggetti (un vaso o una bottiglia, per esempio) son suggellati, *scellés*, comunque siasi soltanto coverto di cera il loro turaccio ordinario, senza imprimervi suggello di sorta... Ma noi non possiamo adottare questa idea, 1. perchè il solo significato proprio della parola *suggellare* (*sceller*) si è apporre un suggello, un'impronta; 2. perchè questo significato proprio è pur quello del nostro articolo, il quale esige insiememente che la carta sia *chiusa* dapprima, *clos*, e poi suggellata, *scellé*; 3. in fine perchè, se una bottiglia, chiusa ordinariamente col solo turaccio, può dirsi suggellata, quando sovr'esso il turaccio si è applicata della cera, non è già lo stesso della carta chiusa con cera, ostia, o colla, stantechè è questa la chiusura ordinaria, la semplice *clôture* della carta delle lettere, di guisa che siffattamente la carta sarebbe pur chiusa, ma non chiusa e suggellata, *clos et scellé*. — Che la legge non abbia altrimenti richiesto dal testatore il suo proprio suggello, un suggello speciale che porti le sue iniziali o le sue armi, in modo da non potersi confondere con un altro o frandolentemente surrogarvene un altro; che non abbia richiesta la descrizione di cotesto suggel-

re si serva del suo proprio suggello: ei può adoperare quello

lo, *ne varietur*; che quindi non abbia prescritte le precauzioni utili in simil caso, gli è un punto incontrastabile; che la legge, esigendo il suggello, senza darsi pensiero di garentirne l'effetto protettore, sia incompleta e renda poco utile siffatta suggellazione, è verissimo ancora; ma la non è mica una ragione per dipartirsi dalle prescrizioni della legge: qui si tratta di forme; queste forme son richieste a pena di nullità (artic. 1001 (927)); è forza dunque seguirle scrupolosamente e riconoscere che il testamento sarà nullo se la carta che lo contiene o che gli serve da involucro non è *chiusa e suggellata*.

* Troplong, *op. cit.*, num. 1627, professando l'opinione contraria al testo, così soggiunge:

* Tuttavia s' insiste e si trova che il manco di impronta sulla cera sarà una guarentigia di meno pel testamento. Si pretende che sarà possibile, segnatamente facendo liquefar la cera apposta sull' involucro, di penetrar fino al testamento contenutovi, d' impadronirsene, di farvi dei cangiamenti, di rimetterlo e ristabilir poscia una chiusura di cera. Ma, se ciò sembra possibile, chi garentirà che non sia lo stesso nel caso in cui v' abbia un' impronta sull' involucro? forsechè la difficoltà di ristabilire l' impronta? Per fermo sarebbe questa una seria difficoltà, se la legge avesse richiesto primamente che si facesse uso d'un particolar suggello con un' impronta determinata, o se l' atto di soprascrizione dovesse contenere una descrizione della chiusura e della suggellazione. Ma, in difetto d'ogni disposizione a tal riguardo, chi impedirà a colui che sarà stato sì ardito da aprire il testamento mistico di sostituire all' impronta cancellata o liquefatta un'altra impronta quale che sia, poichè egli non avrà punto da temere il confronto della sua impronta con una descrizione che non sarà stata fatta dell' impronta precedente, e poichè questa d'altra parte non avrà lasciato che fugaci reminiscenze nella mente dei testimoni, supponendo sieno sopravvissuti al testatore?

* Questo silenzio della legge è una prova di più ed una prova irrecusabile che con la parola *suggellato* non ha essa altrimenti voluto esigere un' impronta.

* So che non sempre gli arresti hanno interpretato il nostro articolo coll'equità che a noi serve di regola; e che vi sono esempi di smodata severità in taluni arresti delle Corti di Douai e di Brusselle. Ma punto non ci scuotono coteste decisioni, intervenute del resto in epoca remota anzichè no, quando la giurisprudenza inclinava a rigori oggidì abbandonati. Ei ci basterà rammentare l' arresto della camera dei ricorsi del 7 agosto 1810 che rigetta il ricorso avverso la decisione di Douai.

* Atteso che l'art. 976 (902) esige la chiusura e la suggellazione *del* testamento, onde la Corte di Douai ha potuto opinare che queste forme non erano state osservate con una semplice chiusura, senza apposizione di verun suggello, ec.

* Queste espressioni sono per la loro riserva altamente significative, indicano che, nel pensiero della Corte regolatrice, la Corte d'appello non ha fatto che risolvere una quistione di fatto. Ed è da presumere che nel caso d' una soluzione contraria la Corte di cassazione avrebbe per gli stessi motivi egualmente rigettato il ricorso.

* Volete sapere fino a quale estrema conchiusione si è tratto dalle idee che hanno informati gli arre-

di ogni altra persona, od anche il suggello del notaio che rice-

sti di Douai e di Brusselle? In una specie giudicata dalla Corte di Angers il 19 febbraro 1824 si poneva in quistione la validità d'un testamento mistico, perchè di quattro suggelli, che aveva l'involucro di questo testamento, un solo posto in un angolo portava un'impronta; e si sosteneva che, poichè gli altri suggelli non ne portavano, l'atto non era suggellato nel senso dell'artic. 976 (902). Si ragionava forse logicamente in quest' ordine d'idee così esagerate, togliendo a base la dottrina che noi confutiamo; ma certamente si era nel falso, prendendo per guida il buon senso e la verità; perocchè « agli occhi di tutti un tal testamento era suggellato in un modo compiuto. Epperò la Corte di Angers si pronunziò per la validità del testamento. Fra gli altri motivi allegati dal suo arresto vuolsi notar *questo*, che riassume agli *occhi nostri* il pensiero dell' art. 976 (902), cioè « che la legge si è affidata alla prudenza ed all' interesse del disponente, poichè nulla ha specificato ».

* Daremo fine con un'osservazione. L'impressione d'un suggello sull' involucro costituisce sì poco la garenzia domandata dalla legge in questa materia che è possibile che la chiusura fatta con l'aggiunzione d'un suggello e d'un' impronta permetta pure di trar fuori il testamento dal suo involucro, siccome può inferirsi da una specie riportata da Bergier e giudicato con arresto del parlamento di Parigi del 12 febbraro 1779. In questa specie, la cera improntata col suggello ordinario della testatrice era stata posta sul foglio esterno che serviva d'involucro con sì poca precauzione, che si sarebbe potuto trar via il testamento, se non fosse stato connesso a questo medesimo involucro con una cera interna. Questa circostanza fu quella che determinò il parlamento a decidere che il testamento era validamente chiuso e suggellato, per la ragione che non aveva potuto esser separato senza effrazione della carta che lo conteneva. Ma supponete che non vi fosse stata cera interna per rendere inseparabile il testamento dall' involucro; supponete che questo non fosse stato chiuso che con un suggello esterno: è manifesto che nel sistema che stiamo confutando il testamento sarebbe stato chiuso, attesochè sarebbe stato involto e sarebbe inoltre stato suggellato, poichè la cera avrebbe ricevuta l'impronta d' un suggello. Ma, se ci ha per avventura cosa evidente, gli è che questa chiusura e questa suggellazione non sarebbero punto state rispondenti alle esigenze della legge, e che il testamento non sarebbe altrimenti stato suggellato. Senza dubbio avrebbe portato il suggello (l' impronta) della testatrice; ma non è già questo che preoccupa il legislatore; egli vuole nella sua saggezza che allora il testamento si consideri come suggellato, quando non si può aprire senza frattura o lacerazione. Ecco perchè sosteniamo non doversi il vocabolo *scellé* intendere come sinonimo di cosa improntata d'un suggello; esso ha un significato più generale, ha per iscopo d' assicurare in un modo qualunque l'identità ed il segreto del testamento; ed ogni qualvolta risulterà dalla riunione delle due condizioni, chiusura e suggellazione, che l'identità ed il segreto del testamento sieno stati mantenuti illesi, non potrà il giudice non riconoscere la validità del testamento, l'unica cosa della quale converrà ch'egli si preoccupi, e se manchi o no la impronta.

* Si uniformano alla opinione di

verà l'atto di soprascrizione (1). La formalità della chiusura e della suggellazione è indispensabile, anche nel caso in cui l'atto di soprascrizione fosse scritto sul foglio che contiene le disposizioni di ultima volontà (2).

Il testatore dee presentare al notaio ed a' testimoni l'atto contenente le sue disposizioni così chiuso e suggellato, ovvero farlo chiudere e suggellare in loro presenza. Egli dichiarerà che la carta che loro presenta contiene il suo testamento scritto e firmato da lui, o scritto da una altra persona (3) e firmato da lui. Il notaio attesterà questa dichiarazio-

Marcadè: Delvincourt, vol. 5, nota 204, pag. 170 (ediz. di Nap.); Favard, v. Testamento, sez. 1, § 4, n. 4; Merlin, *Rep. ivi*, 17, sez. 2, § 3, n. 143; Toullier, n. 463; Duranton, n. 124; Grenier, terza edizione, ove ritratta la prima opinione, n. 961 *bis*. Sono poi della opinione di Troplong: Maleville 2, p. 430; Grenier (prima ediz.) n. 261; Vazeille, art. 976, n. 4; Coin-Delisle, art. 976, n. 28.

** La giurisprudenza delle Corti delle due Sicilie e non meno vacillante degli scrittori. Sta per l'impronta del suggello: Gran Corte civile di Napoli 21 agosto 1846, Gazz. dei Trib. anno 2, pag. 390; contra: Decisione della Gran Corte civile di Palermo 18 dicembre 1840, Raccol. vol. 2, pag. 881; Corte suprema di Napoli, 10 novembre 1846, Giur.dei Trib. anno 2, pag. 594 e seg. Corte di Napoli, 20 marzo 1835, Gazz. dei Trib. anno 10 pag. 299; Corte di Trani, 19 luglio 1835, Gazz. del Trib. anno 10 pag. 348.

(1) Merlin, *Rep. v. e luogo cit.* n. 14, 6. Duranton, IX, 124; Ric. rig., 8 febbraio 1820, Sir., XX, 1, 191.

(2) Merlin, *Rep. v. luogo cit.* n. 14, 1. Confr. Bordeaux, 21 marzo 1822, Sir., XXIII, 2, 49.

(3) Il testatore non è obbligato d'indicare il nome della persona che abbia scritto il testamento. Ric. rig., 16 dicembre 1834, Sir., XXXV, 1, 463.

* Allorchè il testamento è chiuso e suggellato, il testatore lo presenta al notaio ed ai testimoni; e se ancora non lo è, lo chiude e suggella in loro presenza. In tal caso dee loro dichiarare che il contenuto della carta presentata è il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, sottoscritto, o scritto parte da lui, parte da un altro, o scritto da un altro e non sottoscritto da lui per non aver potuto o non aver saputo, secondo le circostanze. Importantissime sono queste prescrizioni come quelle che assicurano l'identità dello scritto che contiene le supreme disposizioni. Se dunque, avendo il testatore dichiarato che ha egli stesso scritto il suo testamento, non si trovasse, morto lui, sotto lo involucro che un testamento scritto di mano estranea, la giustizia sarebbe astretta a riconoscere che egli si è ingannato e che il testamento prodotto non è quello che aveva avuto in mente di presentare.

* Tuttavolta non bisognerebbe intendere con soverchio rigore queste proposizioni. Supponiamo che il testatore abbia dichiarato di aver fatto scrivere il suo testamento da un altro, e che nondimeno si trovino in questo testamento alquante righe scritte di sua mano; generalmente parlando e salve presunzioni contrarie, è probabile che la sua dichiarazione sia stata incompleta piuttosto che erronea, e non bisogna farne un argomento contro la validità del testamento. Vero è che un testatore scrupolosamente esatto si sa-

ne, del pari che la presentazione del testamento, in un atto di soprascrizione (1), il quale verrà scritto sul foglio contenente le disposizioni del testatore, ovvero sull' involto (2). L'atto di soprascrizione sarà firmato, tanto dal testatore, quanto dal notaio e dai testimoni (3). Tutte queste formalità dovranno essere adempiute nel medesimo contesto e senza deviare ad altri atti. Nel caso in cui il testatore, per un impedimento sopraggiunto dopo la firma dell'atto contenente le sue ultime volontà, non potesse firmare l'atto di soprascrizione, verrà fatto, nel fine dell' atto (4),

rebbe imposto di dichiarare che vi era un mescuglio di scrittura; ma non è vietato ai magistrati di tener conto di un obblio involontario, massime quando non è per esso alterata la essenza del testamento.

* Ad ogni modo, consulteranno si le circostanze, le quali han qui una grande autorità. Si scorgerà una differenza notevole fra il caso in cui avrà il testatore aggiunto qualche cosa alla scrittura di un terzo e quello in cui una mano estranea aggiunga qualche cosa alla scrittura del testatore. Minore indulgenza comporta questo secondo caso che non il primo, e si dovrebbe massimamente essere circospetto e diffidente, ove qualche imperfezione si rilevasse nella chiusura dell' involucro.

(1) In tal guisa bisogna intendere le parole dell'art. 902, cioè: il notaio ne formerà l'atto di soprascrizione. Merlin, *Rep. v. e luogo cit.* n. 13. Conf. Ric. rig., 28 dicembre 1812, Sir., XIII, 1, 369.

(2) L'atto di soprascrizione sarebbe nullo se non fosse scritto sullo stesso foglio che contiene le disposizioni di ultima volontà del testatore, o sopra quello che gli serve di involto. Merlin, *Rep. v. luogo cit.*, n. 17. Torino, 5 piovoso anno XIII. Sir., V, 2, 525. Confr. Genova, 29 dicembre 1810, Sir., XI, 2, 177; *e Corte suprema di Napoli, 23 giugno 1853, Gazz. del Trib. anno 8, pag. 745.

(3) È indispensabile che tutti i testimoni firmino l'atto di soprascrizione. Non può estendersi a' testamenti mistici la disposizione dello art. 900, il quale pei testamenti pubblici ricevuti in campagna, si contenta della firma della metà dei testimoni. Merlin, *Rep.* v. Testamento istrumentario, § 2, n. 3, 23. Duranton, IX, 114. Delvincourt, sullo art. 900. Grenier, 1, 274. Liege, 29 maggio 1806, Sir., VI, 2, 173. Bordeaux, 12 aprile 1808, Sir., VIII, 2, 158. Ric. rig., 20 luglio 1809. Sir., IX, 1, 370. Pau, 19 dicembre 1829, Sir., XXX, 2, 133.

** Per gli atti di soprascrizione dei testamenti mistici debbono osservarsi le medesime regole che sono in vigore per la formazione degli altri atti notariali, quanto a dire che possonsi scrivere da altri, dovendo solo apporre il notaio la data e la firma. Rescritto 16 febbraro 1828. Ciò non toglie però che il notaio sia obbligato ad indicare l'ora nell' atto di soprascrizione; anzi è stato giudicato che simile mancanza trarrebbe la nullità dell' atto. E se i giudici ritenessero in fatto non concorrere in una specie tali equipollenti che sieno capaci di supplire alla richiesta indicazione dell' ora, il loro giudizio sfugge alla censura della Corte suprema. Se non che in questo caso il notaio stipulatore è tenuto dei danni a pro degli eredi scritti e dei legatarii. Corte suprema di Napoli, 3 agosto 1852. Gazz. dei Trib. anno 5 pag. 705.

(4) La circostanza che questa men-

menzione della sua dichiarazione relativamente a ciò, senza che siavi bisogno di aumentare il numero dei testimoni. Art. 902.

Le incapacità pronunziate dall'artic. 8 della legge del 23 novembre 1819 non si applicano al notaio chiamato a ricevere l'atto di soprascrizione di un testamento mistico che contenga qualche disposizione, sia in suo vantaggio personale, sia in favore dei suoi parenti o affini nel grado indicato in questo articolo, poichè il testamento non è stato scritto dal notaio ed a lui è stato presentato chiuso (1).

I testimoni debbono essere per lo meno in numero di sei, e godere delle qualità richieste dall'art. 906. Ma non possono ammettersi, per quanto riguarda costoro, le incapacità pronunziate dall'artic. 901 pei testimoni dei testamenti per atto pubblico, in favor dei quali il testamento contenga disposizioni, e dei loro parenti o affini (2).

L'atto di soprascrizione deve contenere la menzione formale che il testatore abbia egli stesso presentato lo scritto contenente le sue ultime volontà al notaio ed ai testimoni (3). Nondimeno, que-

zione si trovasse collocata nel corpo dell'atto non produrrebbe nullità del testamento. Vedi pure; Ric. rig. 3 gennaio 1838, Sir., XXXVIII, 1, 244.

(1) Toullier, V, 467. Duranton, IX, 143. Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3. art. 3, n. 20. Nimes, 21 febbraio 1821, Sir., XXI. 2, 274. Montpellier, 9 febbraro 1836, Sir., XXXVIII, 2, 270.

(2) *Discussione presso il consiglio di Stato.* (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 19. Toullier, V, 465. Duranton, IX, 141 e 142).

* Ancor più, quandanche il testimone avesse egli scritto l'atto interno che lo gratifica, non vi sarebbe nullità per questo. Difatti niuno testo di legge porta divieto a tal riguardo: e, siccome la persona che ha scritto l'atto interno ignora se il testamento presentato sia o no quello a cui essa ha prestato il suo ministero, non havvi in lei alcuna incapacità legale, essa non fa che concorrere ad attestazioni disinteressate, senza alcuna coscienza dei vantaggi che può contener per lei la scrittura interna.

* Si noti bene che, tolte queste eccezioni che si fondano sul principio di non potersi dichiarare incapace il legatario ed i suoi parenti ed affini perchè, essendo segreta la disposizione, non poteva conoscersi se era scritta in di loro favore; l'art. 10 della legge notariale deve eseguirsi sotto pena di nullità, che è quanto a dire che non possono essere testimoni i congiunti e gli aiutanti del notaio e delle parti, non che le persone addette al servizio tanto del notaio quanto delle parti. E quanto diciamo si può confortare di una decisione della gran Corte civile di Napoli, 16 novembre 1833 (Gazz. anno 8, pag. 733) la quale stanziava: che la circostanza di essere uno dei testimoni, al tempo in cui fu rogato l'atto di soprascrizione, *al servizio* del testatore, può provarsi con testimoni ed in difetto col giuramento decisorio. Ma non può questo giuramento essere deferito anche per provare la parentela del testimone col *legatari*, poichè questa parentela nei testamenti mistici non è causa di nullità.

(3) Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3 art. 3, n. 13. Ric. rig. 7

sta menzione può sufficientemente risultare, sia da parole equipollenti a quella di *presentare* (1), sia dal ravvicinamento e dalla combinazione delle diverse enunciazioni contenute nell' atto di soprascrizione (2). La menzione che il testatore abbia presentato il suo testamento *chiuso*, senza l'addizione: *e suggellato*, non soddisfarebbe al voto della legge (3). La mancanza di una menzione, relativa alla dichiarazione del testatore che il suo testamento sia firmato da lui, non resta coverta dal fatto che il testamento sia realmente scritto dal testatore (4).

Non è necessario che l'atto di soprascrizione contenga la menzione espressa di essere stato fatto senza deviare ad altri atti (5), nè quella di essere stato scritto, sia sulla carta contenente le disposizioni testamentarie, sia sul foglio che le serve d' involto (6).

Del resto, debbonsi osservare, per gli atti di soprascrizione dei testamenti mistici, le formalità prescritte dalla legge per gli atti notarili in generale (7).

agosto 1810, Sir., X, 1. 353. Poitier, 28 maggio 1825. Sir., XXV, 2, 239.

(1) Il verbo *consegnare* è, nel senso degli art. 902 e 927, sinonimo di *presentare*. Brusselles, 15 giugno 1814. *Giur. di B.* 1814, 2, 115: Dalloz, XI, 28.

(2) Grenier, I, 264. Toullier, V, 472. Colmar. 10 luglio 1814, Sir., XIV, 2, 458. Ric. rig. 22 maggio 1817, Sir., XVIII, 1. 210, Tolosa, 19 giugno 1830, Sir., XXX, 363. La circostanza che risultasse dall' atto di soprascrizione che il testatore abbia parlato del suo testamento come di una carta esistente sotto gli occhi del notaio e de' testimoni, non supplirebbe, in generale, alla menzione della presentazione del testamento fatta dal testatore. Merlin, *Rep.* v. Testamento, sez. II, § 3, art. 3 n. 13. Ric. rig. 7 agosto 1810. Sir., X, 1, 353. Ric. rig. 28 dicembre 1812, Sir., XIII, 1. 369.

(Allorchè un atto di soprascrizione di un testamento mistico contenga queste espressioni: *la quale testatrice ha a noi consegnato*, questo pronome *noi* può bastare per indicare collettivamente il notaio ed i suoi testimoni: non conviene necessariamente restringerlo alla sola persona del notaio, come a colui che si enunci nella sua qualità di pubblico funzionario. Brusselles, 15 giugno 1814. *Giur. di B.* 1814, 2, 115; Dalloz, XI, 28).

(3) (Il participio passato, *suggellato*, è l' equivalente de' due participii *chiuso* e *suggellato* nel senso dell' art. 902 del Codice civile. Brusselles, 15 giugno 1814. *Giur. di B.* 1814, 2, 115. Dalloz, XI, 13).

(4) Merlin, *Rep. v. luogo cit.* n. 15. Torino 1 febbraio 1806, Sir., VI, 2, 99. Conf. Dijon, 17 aprile 1818, Sir., XVIII, 2, 231.

(5) Ric. rig., 8 febbraio 1820, Sir., XX, 1, 191.

(6) Merlin, *Rep. v. luogo cit.* n. 17. 2. Genova 7 giugno 1810, Sir., XI, 2, 177. L' enunciazione erronea, che il notaio avesse inserita in ordine a ciò nell' atto di soprascrizione, non vizierebbe l' atto medesimo. Merlin, *Rep. v. e luogo cit.* n. 17, 2. Brusselles, 9 agosto 1808. Sir., IX. 2, 63.

(7) Metz, 22 gennaio 1833, Sir., XXXV, 2, 70. Conf. nondimeno: Ric. rig., 16 dicembre 1834, Sir. XXXV. 1, 463. Ric. rig., 3 gennaio 1838, Sir. XXXVIII, 1, 244.

Se, per una causa qualunque, il testatore non abbia potuto scrivere l'atto contenente le sue disposizioni di ultima volontà, dev'essere chiamato all'atto di soprascrizione un settimo testimone, il quale firmerà questo atto insieme cogli altri. Vi sarà fatta menzione della causa per la quale questo testimone sarà stato chiamato (1). Art. 905.

Allorchè il testatore non possa parlare, l'atto contenente le sue disposizioni di ultima volontà dev'essere interamente scritto, datato e firmato di sua mano. Il testatore presenterà questo atto al notaio ed a' testimoni. Egli scriverà in loro presenza, in fronte dell'atto di soprascrizione, che la carta cui egli presenta è il suo testamento. Dopo di che il notaio distenderà l'atto di soprascrizione, nel quale verrà fatta menzione che il testatore ha scritto queste parole in presenza del notaio e dei testimoni. Si osserveranno nel resto le formalità qui sopra indicate. Art. 905.

Le diverse formalità richieste dagli art. 902, 903 e 905 debbono essere osservate sotto pena di nullità del testamento come testamento mistico. Art. 927. Nondimeno, l'atto contenente le disposizioni di ultima volontà del testatore varrebbe come testamento olografo, ove fosse stato scritto interamente, datato e sottoscritto di mano del testatore; eccetto se risultasse da quest'atto medesimo che il testatore non lo avesse considerato se non come un semplice progetto, e che egli avesse inteso di subordinare l'esistenza delle sue ultime volontà all'adempimento delle forme prescritte pei testamenti mistici (2).

(1) Ric. rig. 3 genn. 1838, Sir., XXXVIII, 1, 244.

(2) Noi opiniamo con Favard de Langlade *Rep.* v. Testamento, sez. I, § 4, n. 16, che tale quistione sia piuttosto di fatto che di diritto, e che bisogni risolverla secondo l'intenzione presunta del testatore. Or ci sembra impossibile lo ammettere, eccetto se ciò risulti dallo stesso atto il quale contiene le ultime volontà del testatore, che costui, rivestendo, delle formalità del testamento mistico, uno scritto valido come testamento olografo, abbia inteso di subordinare l'efficacia delle sue disposizioni all'adempimento regolare di queste formalità. Conf. L. 3, D. *de Testam. milit.* (29, 1). Aix. 18 gennaio 1808, Sir., X, 1, 521. Ric. rig. 6 giugno 1815, Sir., V, 1, 366. Caen. 26 gennaio 1826, Sir., XXVI, 2, 328. Ric. rig., 28 dicembre 1828 Sir., XXIX, 1, 6. Merlin, *Rep.* v. Testamento sez. II, § 4. art. 4, Grenier, (I, 276), Toullier, V, 480, e Duranton IX, 138, si sono pronunziati in un modo assoluto, e per applicazione della massima: *Utile per inutile non vitiatur*, per la validità, come testamenti olografi, de' testamenti mistici nulli siccome tali, ma che sieno scritti interamente, dettati e sottoscritti dal testatore.

(Il testamento mistico, il quale non possa valere come tale, per mancanza di adempimento delle formalità richieste, può valere come olografo, quando sia interamente scritto, datato e sottoscritto di mano del testatore, e quando non si possa provare che fosse non altro che un semplice progetto.

—Un testamento interamente scritto, datato e sottoscritto dal testatore, non deve riguardarsi come non

L'adempimento delle diverse formalità prescritte pel testamento mistico non comunica allo scritto contenente le disposizioni del testatore l'autenticità di cui è rivestito l'atto di soprascrizione. Siegue da ciò, che se la firma del testatore apposta allo scritto contenente le sue ultime disposizioni, venga ad essere non riconosciuta, le persone, le quali si avvalgono del testamento, sono, come in materia di testamento olografo, tenute di procurarne la verificazione (1).

597 a. Del testamento militare (2).

I militari in attività di servizio

olografo, sol perchè il testatore l'abbia qualificato testamento mistico e segreto. Brusselles, 11 marzo 1815, *Giur. di B.*, 1815, I, 243. Dalloz, XI, 41).

La corte reale di Poitiers (22 maggio 1825, Sir., XXV, 2, 259) ha giudicato in tesi che il testamento nullo come mistico, non potesse valere come olografo, quando anche fosse scritto, firmato e datato di mano del testatore.

(1) L'atto di soprascrizione fa certamente prova, sino all'iscrizione in falso, della dichiarazione del testatore che lo scritto, che egli presenta come contenente le sue ultime volontà, sia stato firmato da lui; ma esso non pruova ugualmente la verità del fatto così dichiarato, perchè il notaio non attesta questo fatto come avvenuto in sua presenza. Il testatore può, con cognizione di causa, aver fatta una falsa dichiarazione; e quando anche la dichiarazione fosse stata sincera, niente proverebbe che non fosse stato egli stesso indotto in errore in conseguenza di una sostituzione di un altro a quello che egli intendeva di presentare: sostituzione, la quale, benchè sia difficile, non è però impossibile. D'altronde, l'art. 934 impone al legatario universale istituito con testamento mistico, come a colui che lo sia stato con un testamento olografo, l'obbligo di farsi immettere in possesso dell'eredità con una ordinanza del presidente del tribunale di prima istanza. Questa assimilazione del testamento mistico al testamento olografo non si spiegherebbe, se volesse ammettersi, contrariamente alla nostra opinione, che lo scritto contenente le ultime disposizioni del testatore partecipi dell'autenticità dell'atto di soprascrizione. Vedi nondimeno in senso contrario; Merlin, *Rep. op. v. e luogo cit.* n. 29; Duranton, IX, 145; Brusselles, 23 marzo 1811. Sir., XII, 2, 94.

(Si può, senza doversi inscrivere in falso, domandar di provare che la firma apposta in pie' di un testamento mistico non sia quella della persona a cui l'atto di soprascrizione l'attribuisce. La dichiarazione di un testatore, che la carta da lui presentata contenga il suo testamento firmato da lui, somministra solamente una presunzione di essere sua la firma che trovasi apposta in pie' della carta, senza però escludere la pruova contraria. Brusselles 4 marzo 1831. *Giur. di B.* 1831, 1, 405; *Giur. del XIX secolo*, 1831, 3, 120)

*(2) *Dir. Rom.* I soldati anticamente quando erano in procinto di andare alla guerra potevano fare testamento senza osservare alcuna formalità, e bastava che la avessero fatto in presenza di tre o quattro dei loro commilitoni. Tali testamenti dicevansi fatti *in procinctu* § 1, *inst. de testam. ordin. Plutarch. in Coriolan. pag. 198, Vellej. Paterc. l. 2, cap.* 5. Andò in disuso questo modo di far testamento § 1, *instit. de test. ordin.*, ma non per questo i militari furono astretti ad osservare al-

cuna formalità nel far testamento: imperciochè narra Ulpiano nella *l. 1, ff de test. milit.*, che Giulio Cesare, dipoi Tito, indi Domiziano, in seguito Nerva, e per ultimo Trajano concessero ai militari una così libera facoltà di far testamento che essi non erano obbligati ad alcuna formalità nè *interna* nè *esterna*. In conseguenza di ciò essi potevano instituire i deportati, e quasi tutti coloro i quali non avrebbero potuto essere instituiti da un pagano *l.13. § 2, ff de test. milit., l. 7, § 1. ff de legat. 3, l. 5, Cod. de test. milit.* eccettuate però le persone accennate nella *l. 13. § 2, l. 41, § 1, ff de testam. milit., l. ultim. Cod. de haeret., l. 2, Cod. de donat. inter vir. et uxor.* Potevano preterire i loro figli tanto *suoi* che emancipati, nati o da nascere, purchè avessero saputo che dovevano nascere, imperciocchè se lo avessero ignorato, una tale preterizione non avrebbe portato ai figli nascituri alcun pregiudizio *l. 36, § 2, ff de test. mil., § pen. inst. de exha ered. lib.. l. 9, l. 10, Cod. de testam. milit.* Ciò non ostante se fosse stata loro mente di preterire o diredare qualunque figlio, ancorchè non avessero saputo che la propria moglie era gravida, il loro testamento avrebbe avuto tutta la forza, nè si sarebbe potuto rompere colla nascita di un postumo, nè si sarebbe concesso ai figlio la querela dell' inofficioso, nè il possesso dei beni *contra tabulas, l. 7, l. 8, l. 9, l. 30, ff de test.milit. l. 9. l. 24, l. ult. princ. Cod. de inoff. testam.*

** Potevano ancora i militari sostituire pupillarmente ai loro figli ed anche agli estranei, ed ordinare che tali sostituzioni durassero oltre la pubertà degli instituiti, ancorchè avessero fatte simili sostituzioni senza prima fare il loro testamento come avrebbero dovuto fare se fossero stati pagani *l. 15, ff de vulg. et pupill. l. 6, in fin. Cod. l. 15, § pen., l. 28, l. 41, § ult. ff de test. milit.* Era loro lecito eziandio di dare direttamente l'eredità in un codicillo *l. 36, prin. ff de testam.milit.* I loro testamenti non erano soggetti nè alla legge *Falcidia*, nè al *S. C. Trebelliano, l. 11, l. ult. ff l. 7, Cod. ad l. Falcid., l. 12. Cod. de testam. milit.* Potevano testare ancorchè avessero dubitato del loro stato *l. 11, § 1, ff de test. milit.*, e se volevano, potevano ancora morire parte testati e parte intestati *l. 6. l. 15. § 4. l. 19. § ult., l. 37, ff de test. mil., § 5. in fin. de haered. inst.* Il diritto di accrescere non aveva luogo nei loro testamenti *d. l. 37, ff eod., l. 42. § 1. ff de bon. libert.* Era in loro facoltà di morire con più testamenti purchè non fossero stati tra di loro in contraddizione, o non avessero con un testamento anteriore disposto di tutta l'eredità, mentre in tali casi si sarebbe osservato l'ultimo testamento, e se avessero ordinato che avesse dovuto valere anche il primo, allora l'erede instituito nell' *ultimo* avrebbe dovuto restituire l' *eredità* all'erede instituito nel primo *l. 19, l. 36, § 1, ff de test. milit. junct. § 3. inst. quib. mod. test. infirm.* E ciò sia detto in quanto alle solennità *interne*. In quanto alle *esterne*, non erano astretti ad osservare alcuna solennità, e perciò potevano scrivere il loro testamento nell'arena, nella spada, nel di lei fodero, ed in qualsivoglia altra maniera *l. 1, ff test. mil., l. 3, l. 14, l. 15, Cod. eod.*, purchè però si fosse potuto provare qual era stata la loro volontà *l. 40, ff de test. milit.*; che se avessero fatto un testamento *nuncupativo*, sarebbero stati necessarii due testimoni almeno, onde si fosse potuto provare la loro volontà *l. 40, ff eod., § 1, inst. eod., arg. l.*

e gl' individui impiegati nelle armate (1) possono fare i loro testamenti, sia davanti il maggiore o davanti qualunque altro uffiziale di grado superiore, in presenza di due testimoni, sia davanti due commessari ordinatori, o davanti un solo di essi in presenza di due testimoni. Artic. 907 (2). Essi possono ancora, quando sieno ammalati o feriti, testare davanti l'uffiziale in capo di sanità, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dello spedale (3). Art. 908.

Nondimeno, queste persone non godono, in generale, della facoltà di testare nella forma dianzi indicata, se non in quanto esse si trovino, sia in ispedizione militare, sia in quartiere, sia in guarnigione, fuori del territorio, ovvero in quanto sieno prigionieri presso il nemico. Laddove esse sieno in quartiere ovvero in guarnigione nell'interno, non possono profittare di questa facoltà, eccetto se si trovino in una piazza assediata, in una cittadella o in altri luoghi le cui porte sieno chiuse, ed in cui le comunicazioni sieno interrotte a causa della guerra (4). Art. 909.

I testimoni chiamati ad un te-

12, *ff de testibus*. Ond'è che avrebbero potuto servire da testimoni due persone capitale a caso senza essere pregate *l. ult. § ult. Cod. de codicill.*, ed anche se fossero state femmine; imperciocchè l' unico requisito che si ricercava nei testamenti militari era quello che si fosse provata la loro volontà *§ 1, inst., l. 24, ff de testam. milit.*

* Non solo i militari che andavano in battaglia, ma tutte le altre persone impiegate presso le armate e che erano esposte ai pericoli dei militari potevano testare nella maniera suddetta *§ 1, inst., l. fin. ff de test. milit.*

* (1) Questo favore di testare militarmente non è accordato che ai militari o a coloro che sono addetti presso gli eserciti, la quale ultima categoria comprende i chirurgi militari, i cappellani, tutto il corpo dell' intendenza, i fornitori, i vivandieri e le vivandiere, i valletti, ecc., a dir breve tutti quelli che sono iscritti sui ruoli dell'esercito o, come dice Ulpiano, *in numeros relati*, ed eziandio coloro che, senza essere iscritti sui ruoli, sostengono all'esercito un uffizio qualunque che li faccia assimilare a' militari.

* Confronta impertanto: ordinanza militare del 26 gennaio, e decreto del 21 giugno 1833.

* (2) Confr. l' ordinanza militare del 26 gennaio e decreto del 21 giugno 1833.

* (3) Nel caso in cui il testatore sia infermo o ferito, la legge offre al soldato maggior facilità ancora per testare. Oltre alle persone antecedentemente designate, l' uffiziale sanitario in capo, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dell'ospedale, potrà ricevere il suo testamento.

* Questo articolo, benchè non parli che dell'ospedale, si applica con maggior ragione all' infermo che è all'ambulanza. In questo caso l' uffiziale sanitario sarà assistito dallo uffiziale incaricato di comandare il distaccamento presso l'ambulanza.

* (4) Ma se vi fosse sospensione d' ostilità e le comunicazioni non fossero interrotte nella piazza, si potrebbe ancora testare nella forma militare?

* La quistione si presentò innanzi alla Corte di Parigi nel 1815 nelle seguenti circostanze:

stamento militare debbono godere delle qualità generali richieste dall' art. 909 (1). I legatarii medesimi non possono, benchè godessero di queste qualità, essere adoperati per testimoni (2). Arg. art. 901.

Il testamento militare dev' essere firmato dal testatore. S'ei dichiari che non sappia o non pos-

* Nel 1814 il generale di divisione Gratien comandava la città di Piacenza assediata dagli Austriaci. Il 25 aprile egli fece il suo testamento, cui ricevette un commissario di guerra, che lo scrisse di sua mano, presenti due testimoni, in conformità dell' art. 981 (907) Codice Napoleone. Il domani il generale cessò di vivere.

* Il testamento fu impugnato. Si pretese che la città di Piacenza non era assediata nell' atto della confezione del testamento, ed in appoggio di questa allegazione si produceva un certificato del podestà di Piacenza, il quale attestava che durante il corso dell' anno 1814, ai notai non era stato impedito dalla presenza degli eserciti stranieri d' esercitare le loro funzioni, e che aveano continuato a ricevere tutti gli atti pei quali erano stati richiesti; che in verità gli Austriaci erano il 23 e il 24 alle porte della città, ma che la nuova dei mutamenti sopraggiunti in Francia avea fatte cessare le ostilità, che anzi le armate aveano stipulata una convenzione ed erano rimaste affatto tranquille, e che d'altra banda non v' era stato verun ostacolo alla circolazione interna.

* La Corte di Parigi dichiarò valido il testamento, e fra gli altri motivi stabilì che l' interruzione degli attacchi non fu mai presa per la fine d'un assedio, giacchè necessariamente ci ha degl' intervalli nelle operazioni degli assedianti.

(1) L'art. 906, collocato sotto la sezione delle regole generali sulla forma del testamento, è concepito in termini talmente assoluti, che non è possibile di restringere la disposizione a' testamenti ordinarii. D' altronde, non potrebbesi seriamente sostenere che tutte le persone indistintamente sieno capaci di essere testimoni ne' testamenti privilegiati. Bisogna dunque cercare una disposizione che regoli tale capacità, e questa disposizione non si può trovare che nell'art. 906.

(2) Quantunque l'art. 901, il quale pronunzia la incapacità dei legatarii, non riguardi che i testamenti per atto pubblico, pure non ci sembra cosa dubbia che siffatta incapacità esista egualmente in materia di testamenti privilegiati. In effetti, non è possibile di riconoscere come testimone istrumentario un individuo che sia direttamente e personalmente interessato nell'atto al quale egli venga chiamato. Risulta altresì dall' istruzione del ministro della guerra del 24 brumale anno XII (Sirey, IV, 2, 758), che debbonsi interamente applicare ai testamenti militari le disposizioni dell'art. 901, e riguardare come incapaci di essere adoperati da testimoni in un simile testamento, da un lato i parenti e gli affini dei legatarii sino al quarto grado inclusivamente, e dall'altro lato, i commessi o delegati dell' individuo da cui il testamento venga ricevuto. Ma noi crediamo di dovere rigettare l'applicazione a' testamenti militari delle incapacità pronunziate dalle due ultime disposizioni dell'art. 901, le quali non essendo fondate, come l' incapacità dichiarata contro i legatarii, su di un principio incontrastabile, sono più o meno arbitrarie.*Agg. Troplong, num. 1731.

sa firmare, verrà fatta menzione della sua dichiarazione, del pari che della causa la quale gl' impedisca di scrivere. Artic. 924, comma 1.

Il testamento deve ugualmente essere firmato da coloro che lo abbiano ricevuto e da' due testimoni. Nondimeno, se uno dei testimoni non sappia o non possa firmare, la firma dell'altro è sufficiente, ma a condizione che sia fatta menzione della causa per la quale l'altro non abbia firmato. Art. 924, comma 1 e 2.

Queste formalità sono le sole la cui osservanza sia richiesta per la validità del testamento militare. Così, non è necessario che questo testamento sia scritto dall'uffiziale o da uno degli uffiziali che lo ricevano. Non è neppure necessario di menzionare che sia stato dettato dal testatore, nè che sia stato firmato da costui e dai testimoni (1).

Il testamento militare cessa di esser valido sei mesi dopo che il testatore sia ritornato in un luogo in cui abbia ricuperata la libertà di testare per atto pubblico ovvero nella forma mistica (2). Art. 910. Nondimeno, se, prima dello spirare di questi sei mesi, il testatore si trovasse di nuovo collocato in una posizione in cui godesse della facoltà di testare nella forma militare, il suo testamento precedentemente fatto continuerebbe ad esser valido anche dopo il trascorrimento del divisato termine (3).

598 b. Del testamento fatto in tempo di peste.

I testamenti fatti in un luogo col quale sia intercettata ogni comunicazione, a causa di peste o di qualche altra malattia contagiosa (4), possono essere ricevuti dal giudice di pace, o da uno degli uffiziali municipali del comune, in presenza di due testimoni; poco importando se il testatore sia o no attaccato ancor egli da questa malattia. Art. 911 e 912.

Ciò che è stato detto sulla capacità dei testimoni in fatto di testamenti militari, e sulla firma da apporsi a questi testamenti tanto dal testatore quanto da coloro che li ricevano e da' testimoni, si applica egualmente a' testamenti fatti in tempo di peste.

(1) Duranton, IX, 150.

(2) Noi abbiamo sostituite queste ultime espressioni alle parole: d'impiegare le forme ordinarie, che trovansi nell'art. 910, ma che non esprimono esattamente il pensiero del legislatore. Confr. art. 893 e 925.

Dir. Rom. Allorquando i militari erano usciti dal pericolo, non potevano più fare testamento all'uso militare; e se lo avevano fatto durante il pericolo, valeva fino ad un anno dopo ottenuto il congedo, purchè non fosse stato un congedo ignominioso: e se nel decorso dell'anno venivano a morire, aveva tutta la forza, ancorchè si fosse verificata dopo l'anno una qualche condizione, la quale avesse tenuto in sospeso l'esecuzione del testamento § 3, *inst. de test. milit.*, *l. 21*, *l. 26*, *l. 38*, *ff eod.*, *l. 7*; *ff de injust. rupt. irrit.*

(3) L. 38, § 1, D. *de Test. mil.* (20. 1). Duranton, IX, 153. Troplong, n. 1705.

(4) Aix, 16 dicembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 262.

Le formalità prescritte dagli artic. 911 e 924 sono le sole la cui osservanza sia richiesta per questi testamenti.

Il testamento ricevuto nella forma che abbiamo ora indicata cessa di esser valido sei mesi dopo che le comunicazioni sieno state ristabilite ne' luoghi in cui esso sia stato fatto, ovvero sei mesi dopo che il testatore siasi recato in un luogo in cui le comunicazioni non sieno interrotte (1). Art. 913.

Le disposizioni degli art. 911 a 913 sono ugualmente adattabili agl' individui che si trovino sottoposti al regime di un lazzaretto (2).

599 c. Del testamento fatto durante un viaggio marittimo.

I testamenti fatti sul mare, sia da individui che facciano parte dell'equipaggio, sia da semplici passaggieri, possono essere ricevuti dagli uffiziali o impiegati designati negli art. 914 e 915. Debbono in tutti i casi essere distesi in presenza di due testimoni. Art. 914, comb. art. 920 e 921.

Gli artic. 916 a 919, prescrivono diversi provvedimenti, aventi per oggetto la conservazione dei testamenti fatti sul mare.

Tutto ciò che è stato detto sulla capacità dei testimoni in fatto di testamenti militari, sulla firma da apporsi a questi testamenti dal testatore, da coloro che li ricevono, e dai testimoni, si applica egualmente a' testamenti fatti sul mare. Art. 924.

Le formalità prescritte dagli art. 914, 915 e 924 sono le sole la cui osservanza sia richiesta per la validità di simili testamenti (3).

Questi testamenti non possono contenere alcuna disposizione a vantaggio degli uffiziali della nave, se essi non sieno parenti del testatore. Le disposizioni fatte in dispregio di questo divieto sono nulle; ma esse non producono la nullità del testamento intero, eccetto se l' uffiziale, a favor del quale esse avessero avuto luogo, abbia egli medesimo ricevuto il testamento, ovvero vi abbia figurato come testimone (4). Artic. 923.

Il testamento fatto nella forma dianzi indicata non è valido, se non in quanto il testatore muoia sul mare, o nei tre mesi dopo

(1) Deesi applicare, per analogia, a' testamenti di questa specie la disposizione della legge 38, § 1, D. *de Test. milit.* (29, 1).

(2) Legge sulla polizia sanitaria del 3 marzo 1822, art. 19.

(3) L' inadempimento dei provvedimenti prescritti dagli artic. 916 a 919 non produrrebbe la nullità dei testamenti fatti sul mare. Siffatti provvedimenti non potendo essere riguardati come formalità costitutive dei testamenti di questa specie, la disposizione dell'art. 927 non è loro adattabile. Ciò che ci sembra non lasciare alcun dubbio su questo riguardo, sono le parole dell'art. 922: « il testamento fatto sul mare nella forma prescritta dall' art. 914 non sarà valido, ecc., le quali chiaramente indicano che, secondo la mente del legislatore, l' osservanza dei provvedimenti di che trattasi non è necessaria per la validità del testamento.

(4) Conf. Duranton, IX, 168.

che sia disceso a terra ed in un luogo in cui avrebbe potuto testare per atto pubblico o nella forma mistica. Art. 922.

V. DEI BENI CHE POSSONO FORMARE L'OGGETTO DI UNA DISPOSIZIONE A TITOLO GRATUITO

600. Dei beni che possono formare l'oggetto di una disposizione a titolo gratuito. 601 VI. Della quota dei beni onde è permesso di disporre a titolo gratuito. — Generalità. 602 Della riserva secondo il diritto comune.—Cenno storico sulla riserva. 603 Nozione della riserva ossia legittima. 604 Delle persone che possono aver diritto ad una riserva. 605 Dell' ammontare della riserva. 606 Del diritto di successione in quanto alla riserva. 607 Della riduzione delle donazioni e dei legati che offendono la riserva. — Generalità. 608 Della verificazione del fatto se la quota disponibile sia stata o no oltrepassata. 608 bis. Continuazione. 608 ter. Continuazione. 609 Dell'azione di riduzione — 1. Delle persone alle quali essa compete. 609 bis. Continuazione—2. Dell'ordine col quale si esercita l'azione di riduzione, relativamente alle diverse disposizioni che il defunto possa aver fatte. 609 ter. Continuazione.—3. Del modo onde si opera la riduzione.—4. Delle persone contro le quali gli eredi di riserva possono agire. 609 quater. Continuazione.—5. Dei fini di non ricevere contro la dimanda di riduzione.

600 V. Dei beni che possono formare l' oggetto di una disposizione a titolo gratuito.

Tutto ciò che è in commercio può, in generale, formare lo oggetto di una disposizione a titolo gratuito. Quindi, si possono donare o legare beni corporali o incorporali, e principalmente crediti, sia contro terzi, sia contro il donatario o il legatario stesso, poco importando d'altronde che tali crediti sieno puri e semplici o condizionali (1). Si possono eziandio donare o legare cose determinate solamente quanto alla loro specie, benchè non se ne possegga alcuna della specie donata o legata. Si possono ugualmente donare, anche per atto tra vivi, dritti che abbiano per oggetto cose future, come un ricolto avvenire, ovvero una parte degli utili eventuali di una società.

(1) Parecchie leggi romane si occupano altresì del *legatum debiti*, vale a dire, del legato con cui un debitore leghi al suo creditore ciò ch'ei gli debba. *Inst. de Leg.* 2, 20; L. 84, § 6, D. *de Leg.* 1. 30; L. 82, *proem.* e L. 85, D. *de Leg.* 2. 31, L. un. § 3, C, *de Rei uxor. act.* 5, 13. Un simile legato può anche oggidì esser utile, come contenente ricognizione o conferma del debito legato. Esso sarebbe del pari utile se, trattandosi di un debito condizionale o a termine, il testatore lo avesse convertito in debito puro e semplice, o lo avesse renduto esigibile immediatamente dopo la sua morte.

Il principio, che tutto ciò che sia in commercio è suscettivo di una disposizione a titolo gratuito, va sottoposto alle restrizioni seguenti:

1. Non si possono, in generale, donare per atto tra vivi se non beni presenti. Art. 868.

2. Non si possono legare se non beni i quali, in mancanza di disposizioni testamentarie, passerebbero agli eredi *ab intestato* del disponente. I beni che non sieno trasmissibili agli eredi non possono, appunto perciò, formare l'oggetto di un legato.

3. Non si possono nè donare (1) nè legare cose individualmente designate appartenenti ad altrui. Ogni disposizione a titolo gratuito della cosa altrui è nulla, sia che il donante e il testatore abbia erroneamente creduto che questa cosa appunto appartenesse a se medesimo, sia che abbia saputo che essa appartenesse ad altra persona (2). Art. 975. È lo stesso anche del legato di cose

(1) La legge non si occupa specialmente delle donazioni tra vivi di cose altrui; ma non vi ha dubbio che ogni donazione di tal natura sia nulla. Ciò risulta per argomento *a fortiori* dall' art. 1444, comb. coll' art. 814, il quale richiede, come una delle condizioni essenziali della donazione tra vivi, l'attuale spossessamento delle cose donate: spossessamento, il quale esige che il donante sia proprietario, nel momento della donazione, delle cose di cui dispone.

* (2) *Dritto Rom.* — Se un testatore sapendo che una cosa apparteneva ad altri la lasciava in legato, poteva il legatario costringere l' erede alla prestazione del legato, ben inteso però che era suo peso di pruovare una tale scienza nel testatore *l. 10 Cod. de legat., junct. l. 4 Cod. de edendo*, *l. ultim. Cod. de reivind.*, *l. 8*, *l. 23 Cod. de probat.* Egli è vero che in molti luoghi si era introdotta una consuetudine contraria ad una tale disposizione del diritto romano, specialmente perchè a Gregorio IX pontefice sembrò iniqua cosa che potesse disporsi delle cose altrui, *cap. 5 de testamentis*; ma io osservo che una tale consuetudine non potè giammai derogare al diritto romano perchè fondata sopra un errore di Gregorio che la *l. 39 ff de legibus* potesse spogliare contro sua voglia il proprietario della cosa legata; ma la stessa romana giurisprudenza non permetteva già che si spogliasse il proprietario della cosa legata, ma obbligava l'erede ad acquistare la cosa medesima, e consegnarla al legatario, ovvero a pagargli il prezzo di essa, quantevolte il proprietario non avesse voluto venderla, o avesse preteso un prezzo eccessivo *§ 4 inst. de legat.*, *§ 1 inst. de sing. reb. per fide. rel*, *l. 14 § ult. ff de legat. 3*. Al contrario non obbligava l' erede in alcuna maniera a soddisfare il legato qualora il testatore avesse creduto che la cosa altrui fosse stata sua propria, perchè presumeva che egli non avrebbe altrimenti ordinato il legato quante volte gli fosse stato noto che la cosa di cui disponeva era proprietà altrui *§ 4 inst. de legal.*, *l. 67 § 8 ff de legat. 2.* a meno che la disposizione non fosse stata in favore di una persona congiunta al testatore *l. 10 in fin. ff de auro arg. mundo*, *l. 10 Cod. de legatis*, ovvero in favore di un erede fiduciario incaricato di restituire ad altri l' eredità *l. 72 ff ad S. C. Treb.*, od anche in favore di uno dei figli del testatore, fra i quali egli avesse divis;

appartenenti all'erede ovvero al legatario universale del testatore (1). Ma il legato alternativo della cosa altrui o del suo valore estimativo è efficace, quanto al pagamento di questo valore (2). Da

la sua eredità *l.* 77, § *8*, *ff de legat.* 2.

* Che se il legatario, vivente per anche il testatore, acquistava la cosa altrui lasciatagli in legato, si distingueva se lo acquisto era a titolo oneroso od a titolo gratuito. Nel primo caso l' erede era tenuto a pagare al legatario la stima della cosa legata, e nel secondo era liberato da qualunque obbligazione, perchè era regola che due cause lucrative non potevano concorrere in una stessa persona e per una medesima cosa § 6 *instit. de legat.*, *l.* 34, § 7, *l.* 108, § 4, *ff de legat.* 1, *l.* 21 § 1 *ff de legat.* 3, *l.* 17, *l.* 19, *ff de oblig. et act.*, *l. unic. versic.* lucrativas vero *Cod. de impon. lucrat.* Per questa ragione se una stessa cosa veniva lasciata da due differenti testatori ad una medesima persona la quale in forza del primo testamento avesse già conseguita la cosa in natura, non poteva chiedere in virtù del secondo testamento la stima della cosa, come l' avrebbe potuto domandare se per il primo testamento avesse avuto non la cosa ma la stima di essa § *6 instit. de legat.*, *l.* 34 § 2 *ff de legat.* 1, *l.* 66 § 1, *ff de legat.* 2.

Ma, siccome la quistione di sapere se il testatore, legando la cosa altrui, avesse o no agito con cognizione di causa, dava luogo a numerose liti, i compilatori del Codice civile hanno creduto di dovere, per disseccarne la sorgente, dichiarar nullo, in tutti i casi, il legato della cosa altrui. *Discussione presso il consiglio di Stato* (Locrè, *Leg.* t. I, n. 9. Duranton, IX, 244. Favard, nel suo discorso al Corpo legislativo (Locrè, *Legis.* t. XI, n. 19) si è singolarmente ingannato su' motivi dell' art. 975.

(1) *Lex non distinguit.* La cosa dell' erede è incontrastabilmente la cosa altrui per rapporto al testatore; indarno si trae ragione, per sostenere l' opinione contraria, dalla circostanza che nel dritto romano e nella nostra antica giureprudenza, i legati delle cose appartenenti all' erede, assimilati in qualche maniera a' legati di cose appartenenti al testatore medesimo, erano validi, senza che il legatario fosse obbligato di provare che il testatore sapeva che le cose legate non gli appartenevano. Conf. § 4, *Inst. de Leg.* (2, 20); L. 67, § 8. D. *de Leg.* 2. (31); Ricard, parte III, cap. III, sez. III, n. 292. Furgole, cap. VII, sez. I, n. 46. La distinzione altra fiata ammessa tra i legati di cose appartenenti all' erede, e quelli di cose appartenti ad un terzo, deve oggigiorno essere rigettata a fronte delle espressioni assolute dell' art. 973 e de' motivi che l' hanno dettato, tanto più che sembra difficile lo spiegarla in una maniera plausibile, anche sotto il punto di veduta del dritto romano. Merlin *Rep.*, v. Legato, sez. III, § 3, n. 1 3 e 4. Ric. rig., 19 marzo 1822 Sir., XXII, 1, 370. Corte suprema di Brusselles, 17 ottobre 1831. Merlin, *op. v. e luogo cit. infra.* Vedi in senso contrario: Toullier, V, 517; Duranton, IX, 251. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. VI, n. 49. Torino, 26 agosto 1806, Sir., VI, 2, 778; Corte suprema di Brusselles, 4 gennaio 1817; Merlin, *luogo cit.*, Bastia, 3 febbraio 1836, Sir., XXXVI, 2, 248.

(2) Arg. art. 1145 Duranton, IX, 243. Conf. Ric. rig. 17 gennaio 1811, Sir., XIII, 1, 425.

altra parte, è permesso al donante o al testatore d' imporre al donatario, all'erede, o al legatario, il peso di adempiere, a vantaggio di terzi, ogni specie di obbligazioni, lecite altronde, di fare, di non fare, o di dare (1).

Del resto, il legato d'una cosa che, nel momento della confezione del testamento, non appartenevasi al testatore, diviene valido, se costui ne acquisti la proprietà ad un titolo qualunque (2).

La donazione ovvero il legato di un oggetto faciente parte di una universalità di cose indivise fra un terzo e il donante o testatore, vale, in generale, per la parte di quest'ultima o sul valore di essa, e non vale che sino alla concorrenza di questa parte, qualunque sieno le espressioni

(1) Confr. art. 974 e 975. Il peso imposto all' erede o al legatario di consegnare ad una designata persona una cosa appartenente ad un terzo, dovrebbe essere considerato come contrario alla legge, e per conseguente reputato non iscritto. Di fatti, siccome, giusta i principii del nostro dritto, niuno può validamente obbligarsi a consegnare la cosa altrui, così il testatore non può neppure imporre una simile obbligazione al suo erede o al suo legatario. Nondimeno, Zachariae è di contrario avviso. Del resto, questa proposizione non dovrebbesi applicare al peso imposto all' erede o al legatario di consegnare una cosa di cui egli medesimo sia proprietario; siccome nulla si oppone che l' erede o il legatario assuma egli medesimo una tale obbligazione, siegue da ciò, che il testatore è pure autorizzato ad imporgliela in forma di peso; e questa maniera di vedere non è contraria all' art. 975, il quale non provvede che sull' ipotesi del legato diretto di una cosa appartenente ad altrui, e non si occupa affatto della quistione di sapersi se il testatore possa gravare l' erede di consegnare una cosa di cui questi sia egli stesso proprietario. Ric. rig. 19 marzo 1822, Sir., XXII, 1. 370. Conf. Bastia, 3 febbraio 1836, Sir., XXXVI, 2, 248. Vedi nondimeno in senso contrario: Merlin, *Rep.* v. Legato, sez. III, § 3, n. 4.

(2) La regola catoniana, la quale menerebbe alla soluzione contraria, non è ammessa nel dritto francese. Brauer, sull'art. 975. Zachariae § 676, nota 3 opina che il legato della cosa altrui resti nullo, quando anche il testatore divenga proprietario della cosa legata. Egli fondasi sul riflesso che un simile legato essendo dichiarato nullo da una disposizione speciale della legge, non si possa trarre ragione dell' abrogazione della regola catoniana per sostenersi che esso divenga valido quando il testatore acquisti la proprietà della cosa legata. Ma siffatta argomentazione si applicherebbe a tutte le nullità stabilite in materia di legati, da disposizioni speciali, e principalmente, alle incapacità di ricevere; e nondimeno Zachariae insegna egli stesso § 650, testo e note 6 che l' incapacità del legatario, nel momento della formazione del testamento, non forma ostacolo alla validità del legato, se il legatario sia capace nel momento della morte. E da osservare altronde, che se l' art. 975 dichiara nullo il legato della cosa altrui, non dice però a quale epoca faccia mestieri di riportarsi per decidere se un legato versi o non sulla cosa altrui; ed è cosa affatto naturale lo ammettere, in una disposizione che deve avere effetto soltanto per l' avvenire e nel tempo della morte del testatore, la condizione tacita *si dominium acquisitum fuerit.*

della donazione o del testamento, ed i risultamenti della divisione fra il terzo e il donante o gli eredi del testatore (1). Così, allorchè, per effetto di questa divisione, l'oggetto donato o legato ricada nella totalità al terzo che era in comunione, il donatario o il legatario è nel diritto di reclamare dall'autore della disposizione o dai suoi eredi il valore estimativo della parte di quest'ultimo (2). Ma parimente, allorchè l'oggetto donato o legato cada nella quota del donante o degli eredi del testatore, il donatario ovvero il legatario non ne diviene proprietario che sino alla concorrenza di questa parte, sebbene la disposizione fatta in suo favore versi espressamente sulla totalità dell'oggetto donato o legato (3).

Quanto alla donazione o al legato di un oggetto particolare indiviso tra un terzo e il donante o testatore, tale donazione o legato produce l'effetto d'investire il donatario o il legatario dell'azione di divisione che competeva al detto donante o testatore; di maniera che il donatario o il le-

(1) Il donatario o il legatario di un oggetto facienle parte di una universalità di cose, non potendo provare *(iudicio communi dividundo)* la divisione separata di quest'oggetto, e non essendo autorizzato a dimandare *(iudicio familiae erciscundae)* la divisione dell'universalità giuridica di cui l'oggetto faccia parte, se non in nome del suo cedente, siegue da ciò, che egli non può essere riguardato come condividente, nel rigore di questo vocabolo, e che per conseguenza la finzione stabilita dall'art. 803 gli è del tutto estranea, e non potrebbe nè giovargli nè nuocergli. Aggiungiamo, che sarebbe un attribuire a tale finzione una estensione che essa realmente non ha, qualora vi si subordinassero gli effetti che deve produrre, tra 'l disponente o i suoi eredi, e 'l donatario o il legatario, la donazione o il legato di una cosa formante parte di una universalità indivisa tra l' autore d'una disposizione e persone terze. L'art. 803 ha solamente per oggetto il regolare i rapporti de' condividenti tra loro, e il determinare gli effetti che gli atti consentiti da uno di essi a vantaggio di un terzo possano avere riguardo agli altri. Zachariae è di un contrario avviso.

(2) Metz, 30 marzo 1816, Sir., XIX, 2, 50.

(3) In vano si farebbe fondamento sull'art. 1404 per pretendere che il dono o il legato della totalità di una cosa faciente parte di una universalità indivisa, valga, sia per la totalità di questa cosa in ispecie, sia per la totalità del suo valore estimativo, secondochè essa cada o no nella quota del disponente o de' suoi eredi. La disposizione dell'art. 1404, peculiare a' legati di cose formanti parte della comunione coniugale, fatti dal marito, è fondata sulla natura peculiare di tale comunione, e sui dritti che competono al marito come capo di quest' ultima. Siffatta disposizione dunque non dev' essere estesa per analogia, e non può neppure applicarsi a' legati fatti dalla moglie, i quali, conformemente ai principii emessi nel testo, valgono solamente per la metà delle cose legate o del loro valore. Sotto questo rapporto, crediamo di dover ritrattare la proposizione enunciata altrove. Vedi nondimeno in senso contrario: Duranton, IX, 248 249 e 250.

gatario è colui col quale dovrà farsi la divisione; e gli effetti del dono o del legato saranno determinati dal risultamento di questa operazione.

Se il testatore, dopo di avere legato, sia un oggetto particolare che gli apparteneva in comune con un terzo, sia un oggetto faciente parte di una universalità di cose indivise, avesse egli stesso proceduto alla divisione, converrebbe distinguere il caso in cui l'oggetto legato fosse divenuto proprietà dell' altra persona colla quale esisteva la comunione, o di un estraneo, il caso in cui quest'oggetto fosse stato diviso in ispecie, e il caso in cui il testatore ne fosse divenuto proprietario esclusivo. Nel primo caso.il legato dovrebb'essere considerato come caduco (1), talchè il legatario non sarebbe ammesso a reclamare il valore estimativo e neppure il prezzo ancor dovuto dalla parte indivisa che competeva al testatore. Nel secondo caso, il legatario avrebbe dritto alla parte materiale toccata al testatore. Nel terzo caso finalmente, il legatario avrebbe dritto alla parte indivisa che primitivamente si apparteneva al testatore, in guisa che vi sarebbe luogo a divisione tra lui e gli eredi di questo testatore (2). Nondimeno, se, in quest'ultimo caso, la disposizione cadesse espressamente e positivamente sull' intero oggetto legato, il legatario sarebbe nel diritto di reclamare la totalità di quest'oggetto (3).

601 VI. Della quota di beni ond'è permesso di disporre a titolo gratuito (4). — Generalità.

In tesi generale, il dritto di disporre a titolo gratuito si estende al complesso dei beni, che trovinsi nel patrimonio attuale del disponente, o che si troveranno nella sua eredità.

Quando, per eccezione a questa regola, la legge nega ad una persona la facoltà di disporre della totalità delle sue sostanze, la porzione di beni della quale le è permesso di disporre chiamasi quota disponibile, e quella della quale le è interdetta la disposizione, quota indisponibile.

La quota disponibile può essere donata in tutto o in parte, sia per atto tra vivi, sia per testamento, non solo a terzi non successibili *(estranei)*, ma ancora ad uno o a più degli eredi. Nondimeno, le disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in favore di un successibile vanno soggette a collazione, eccetto se esse siano fatte a titolo di precapienza, ovvero se il donatario rinunzii alla successione per ritenere la sua

(1) Arg. artic. 993. Ric. rig., 28 febbraio 1826, Sir., XXVI, 1, 409.

(2) Duranton, IX. 248.

(3) Questa modificazione è una conseguenza del principio che il legato, il quale, nell'origine, versava sulla cosa altrui, è valido, quando il testatore sia poscia divenuto proprietario della cosa legata.

(4) Bibliografia. *Della porzione disponibile, o trattato della porzione de' beni onde si può disporre a titolo gratuito*, di Levasseur; Parigi, 1805, 1 vol. in 8.

donazione. Art. 835, comb. art. 764.

* I legati non soggiacciono a collazione, salvo il testatore lo abbia voluto, o che il legatario si trovi a petto del legittimario che domanda *l'imputazione*, di ciò che non facea parte del disponibile art. 768 e 789, 2.

La quota indisponibile prende più particolarmente il nome di *riserva*, allorchè la proibizione di disporre di una parte dei beni sia stabilita in favore di alcune persone specialmente designate, e col fine di garentire il loro diritto di successione *ab intestato*. La parola *riserva*, è anche adoperata per esprimere il dritto di successione di queste persone, in quanto siffatto diritto versi sulla porzione dei beni dichiarata indisponibile in loro vantaggio.

Dalle cose dette risulta, che la quota dei beni, la quale forma l'oggetto della riserva, è essenzialmente indisponibile. Ma una quota di beni può essere indisponibile, senza costituire perciò una riserva. Così avviene semprechè la legge interdica ad una persona la disposizione di una parte dei suoi beni, non già nell'interesse esclusivo di dati parenti, ma nell'interesse di questa persona medesima o di tutti i suoi eredi indistintamente.

Le regole che il Codice civile contiene sulla quota di beni ond'è permesso di disporre, sono, alcune generali o di dritto comune, ed alcune altre speciali o eccezionali.

Queste ultime riguardano: 1. la quantità dei beni della quale il minore, che abbia compiuto l'anno sedicesimo, può disporre per testamento: art. 820; 2. la quota dei beni della quale un vedovo ovvero una vedova, avente figli da un precedente matrimonio, può disporre in favore dell'attuale suo coniuge: articolo 1052.

Del resto, tutte le disposizioni legali che hanno per oggetto il restringere ad una determinata quota di beni, il dritto di disporre a titolo gratuito, sono eccezionali di loro natura, e debbono per conseguente essere interpetrate ristrettamente.

602. Della riserva secondo il dritto comune. — Cenno storico sulla riserva.

Il dritto romano aveva, in origine, proclamato il principio della libertà assoluta di disporre a titolo gratuito. Ma questo principio ricevette in prosieguo diverse restrizioni, di cui la più importante risultò dalla ammessione della querela d'inofficiosità. Quest'azione, tendente a rescindere le disposizioni testamentarie o tra vivi fatte dal defunto, veniva accordata, da una parte, ai suoi discendenti ed ascendenti, nel caso in cui egli li avesse ingiustamente diredati o preteriti, senza neppure lasciar loro, a titolo di legato o di fedecommesso, una porzione convenevole dei suoi beni; e, d'altra parte, a' suoi fratelli e sorelle germani o consanguinei, allorchè avesse loro preferite persone di una vergognosa condotta.

Essendo la querela d'inofficiosità fondata sull'idea che colui

il quale abbia prossimi parenti è obbligato, a cagione degli stessi legami di parentela che lo uniscono ad essi, di lasciar loro *(officio pietatis)* una data porzione dei suoi beni, si pervenne naturalmente, onde regolare l'esercizio di quest'azione, a determinare l'ammontare di tale porzione di beni, la quale perciò fu denominata porzione legittima. La legittima, fissata dapprima, in virtù di analogia della quarta falcidia, per tutti i legittimarii indistintamente e senza aversi riguardo al loro numero, nel quarto della porzione che ciascuno di essi, in mancanza di disposizioni a titolo gratuito fatte dal defunto, avrebbe ottenuta sul reliquato attivo dei suoi beni, dopo la deduzione dei debiti e delle spese funebri, venne elevata da Giustiniano, in favore dei discendenti soltanto, alla metà ovvero al terzo di questa porzione, secondochè il loro numero avesse sorpassato o no quello di quattro. D'altra parte, questo imperatore, per rendere meno frequenti le dimande di rescissione dei testamenti o delle donazioni per mezzo della querela d'inofficiosità, sanzionò in un modo assoluto il principio di già ammesso prima di lui sotto date restrizioni, che i legittimarii, ai quali il defunto avesse lasciato o una parte aliquota dei suoi beni, o una cosa particolare imputabile sulla loro legittima, non verrebbero più ammessi a far la querela d'inofficiosità, e non potrebbero se non dimandare il supplimento di questa legittima, mediante un'azione personale *(condictio ex lege)*, la quale, a differenza della querela d'inofficiosità, non offriva alcuna analogia colla petizione di eredità. Siffatta azione competeva a ciascun legittimario nella sua qualità di parente, e non era, come la querela d'inofficiosità, subordinata alla qualità di erede (1).

(1) Confr. *Pauli. Sentent.* lib. IV, tit. V; *Inst· de inoff. testam.* (2, 18); D. *eod. tit.* (5, 2); C. *eod. tit.* (3, 28); Nov. 115, cap. III, e IV; Nov, 118, cap. I; Mackeldey, §§ 564 e seg.; Thibaut, *System. des Pandecktenrechts*, II, § 815 e seg.; Warnkoenig, *Commentarii iuris romani privati*, III, §§ 1025 a 1028. §§ 1104 a 1113; Muhlenbruch. *Doctrina Pandectarum.* III, §§ 678 e seg. §§ 771 e seg.

** A quanto dice l'autore nel testo, giova aggiungere qualche altro sviluppo sulla riserva per dritto romano.

* Secondo le leggi antiche la legittima si poteva lasciare sotto qualunque titolo, cioè particolare, o universale § *ult. inst. de inoff. test.*, *l. 30 Cod. eod.*; ma Giustiniano ordinò che dovesse essere lasciata a titolo d'instituzione *novell. 115 cap.* 3, locchè non solo era più onorevole pei figli *l. 5 § 6 ff de leg. praest. cont. tab. bon. poss. pet.*, ma era ancora più vantaggioso perchè godevano del diritto di accrescere, e potevano perciò conseguire tutta l'eredità; allorchè se fosse loro stata lasciata a titolo particolare, come di legato, di donazione, ec. non avrebbero mai potuto godere di un tal diritto *l. 1 § 4 ff de haered. inst.* Dippiù la legittima doveva essere lasciata immune da ogni peso, condizione o gravame qualunque anche di fedecommesso o di usufrutto, e

I principii del diritto romano ne' paesi di dritto scritto. Ivi la sulla legittima vennero adottati legittima era considerata meno

se il testatore l'avesse gravata in qualsivoglia maniera, il gravame era di niun valore *l. 30*, *l. 32. Cod. de inoff. test.*, *nov. 18 cap.* 3. Ciò non ostante potevano i padri gravare di fedecommesso la legittima dei loro figli usando una cautela suggerita dal Socino, quella cioè d'instituire eredi i figli in una porzione maggiore della legittima, ed ordinar loro la restituzione della stessa porzione, compresavi la legittima; poscia dichiarare che se si fossero ricusati a tale restituzione, intendevano d'instituirli soltanto nella legittima; così non potevasi dire che il padre avesse gravata la legittima de' figli, ma piuttosto eglino medesimi, se avessero scelto di godere il fedecommesso, e restituirlo per intero *arg. l. 94 § 2 ff de legat. 1.* Questa cautela veniva tutto giorno messa in pratica dai padri, e chiamavasi comunemente *la cautela di Socino*.

Accadeva spesse volte che i padri instituivano eredi i loro figli nella proprietà di tutti i loro beni, e lasciavano l'usufrutto de' medesimi alle proprie mogli, e nasceva disputa se tali disposizioni dovevansi osservare. Bulgaro fu di sentimento che un padre, il quale avesse così disposto, si doveva intendere che non avesse voluto lasciare alla propria moglie se non gli alimenti, e la di lui opinione passò in consuetudine, la quale veniva detta volgarmente la *consuetudine di Bulgaro*.

Che se il padre non lasciava ai figli l'intera legittima, ma li instituiva eredi in una qualche cosa minore della legittima, eglino potevano chiederne all'erede universale il supplimento mediante la *condictio ex l. 30 Cod. de inoff. test., et nov. 18 cap. 1, nov. 115 cap. 5 princ.*

* Per fissare la porzione legittima si aveva riguardo alla quantità dei beni che si trovavano alla morte del padre *l. 6 Cod. de inoff. test., arg. l. 3 § ult. ff de bon. libert., l. 30 § ult. Cod. de inoff. test.* Per conseguenza allorquando vi fosse stato uno statuto, il quale avesse escluse le femmine in confronto dei maschi dall'eredità paterna, nel caso che avessero ricevuto una dote non minore della legittima, poteva una femmina domandare il supplemento alla legittima, se il patrimonio paterno si era accresciuto dopo l'assegnazione della dote *l. 30 Cod. de inoff. test.*; all'incontro non era obbligata nel caso che fosse diminuito il patrimonio paterno a restituire il dippiù della legittima, a meno che non fosse restata lesa la porzione legittima che spettava agli altri figli, *l. ult. ff de dot. collat.*

* Se dopo la morte del padre si accresceva la sua eredità, l'accrescimento giovava eziandio al legittimario, ogni qual volta fosse stato prodotto da una causa anteriore alla morte suddetta, come se un debitore ereditario fosse divenuto idoneo al pagamento dopo la morte del padre creditore, allorchè prima non lo era, ovvero se dopo la morte dello stesso padre si fosse purificata una condizione la quale teneva in sospeso un debito a di lui favore *l. 56 § 1 ff ad l. Falc.* Così pure se dopo la morte ritornavano nell'eredità per diritto di postiminio cose le quali fossero state prese in vita del testatore *l. 43 ff ad l. Falc.* All'incontro si diminuiva la legittima se dopo la morte del padre si diminuiva l'eredità per una causa anteriore alla stessa morte, attesa la regola che chi sentiva il comodo doveva ancora sentire l'incomodo *l. 10 ff de reg. jur.*, *§ 2 instit. de empt. et vend.*, *§ 3 instit. de societ.*, ond'è che se il defunto era debitore di una qualche cosa sotto

come una parte aliquota dell'eredità, che come una porzione di beni attribuita a ciascuno dei legittimarii individualmente, in vir-

condizione, qualora si fosse la medesima purificata dopo la di lui morte, si dimiauiva la legittima *arg. l.* 73 § 1, 2, 3 *ff ad l. Falcid.*

La legittima era dovuta ai figli sopra tutti e singoli beni creditarii *pro rata*, *arg. l. pen. Cod. de inoff. test.*, *nov.* 18 *praef. in fin.et cap.*1, cosicchè eglino venivano riputati padroni di una parte degli stessi beni corrispondenti alla legittima *arg.*, *l.* 26 *ff ad l. Falcid.*

Prima però di far il calcolo della legittima si dovevano dedurre le spese funeree e i debiti *l. 8 § 9 ff de inoff. testam.*, i fedecommessi purificati, i quali non potevano considerarsi fra i beni del defunto *l. ult. § 2 et 3 Cod. comm. de legat.*

Nella legittima dovevansi imputare tutte le cose che il legittimario doveva conferire *arg. l. 20 Cod. de collat.*, *l. 29 Cod. de inoff. testam.*, sia che egli stesso chiedesse la separazione della legittima, sia che la chiedessero i suoi figli *arg.l.19 Cod. de collat.*;ond'è che si dovevano imputare le doti e le donazioni *propter nuptias* ricevute da colui, dai beni del quale era dovuta la legittima *arg. l.* 4, 5, 7, 12, 17 *Cod. de collat.*, *l.* 29 *Cod. de inoff. test.*, *auth. ex testamento. Cod. de collat.* Non però dovevansi imputare le cose che le leggi toglievano al secondo conjuge e le concedevano ai figli di primo letto *l. 5 Cod. de secund. nupt.*, *nov. 22 cap. 27.*

* Allorquando era fissata la quota legittima, dovevansi unitamente alla medesima i frutti incominciando dalla morte del padre *nov.* 18 *cap.* 3.

* Molto si è disputato fra i dottori se la legittima fosse una porzione di eredità. Questa disputa aveva per oggetto il determinare se il legittimario era tenuto a pagare i debiti in proporzione della sua quota, allorquando i beni ereditarii non fossero stati sufficienti per pagarli, e se potesse esigere interamente i suoi crediti che aveva contro il defunto, oppure se una parte di essi si confondeva in proporzione della quota ereditaria attesa la duplice qualità che sarebbe concorsa nel legittimario di creditore di se medesimo.

* Il Voet sostiene essere la legittima una parte di beni, non solo perchè così viene dalle leggi chiamata *l.* 6 *Cod. de inoff. test.*, ma perchè ancora non si può aver ragione della legittima se non dedotti prima i debiti *l.* 8 § 9 *ff de inoff. testam.*, perlocchè, dic'egli, non resta che la denominazione di beni, avvegnachè diconsi beni quelli dai quali sono dedotti tutti i debiti *l.* 39 § 1 *ff de verb. sign.*, *l.* 72 *ff de jur. dot.*, *l.* 6 *Cod. de collat.*

* L'Einecció, forse per toglicrsi dall'imbarazzo, ha definito nelle sue instituzioni la legittima essere una parte di eredità; nelle sue pandette una parte di beni. L'Ubero ha sostenuto che la legittima è una parte di eredità, perchè la si deve lasciare a titolo d'instituzione, e perchè ancora il legittimario ha il diritto di accrescere. Vinnio ha sostenuto che la quistione non può essere definita o per l'una o per l'altra parte, atteso che bisogna considerare se la legittima sia stata lasciata a titolo d'instituzione, oppure a titolo singolare, come nel caso che il padre ad un suo figlio giustamente diredato avesse lasciata la legittima per sentimento di commiserazione.

Per verità la quistione è assai dubbia allorchè si consideri che la legittima ha dei caratteri di porzione di eredità, e ne ha ancora di quelli che la fanno comparire una porzione di beni. Imperciocchè non v'ha dubbio alcuno che la legittima non

tù dei legami del sangue (1). Quindi, vi si ammetteva che non fosse necessario di accettare l'eredità per reclamare la legittima contro gli credi istituiti dal defunto o contro i donatarii di quest'ultimo (2), e che i legittimari non fossero investiti, di pieno diritto, della loro legittima (3). Del resto, la querela d'inofficiosità cessò di essere in uso sotto questo nome. Tutti i legittimari senza eccezione furono autorizzati, allorchè fossero stati preteriti o

dovesse lasciarsi a titolo d'instituzione in forza della *nov.* 115 *cap.* 3, e che il legittimario non avesse il diritto di accrescere, il quale competeva soltanto agli eredi e non mai a coloro i quali avevano un titolo singolare, come di legatarii e simili *l.* 1 § 4 *ff de haered. inst.* Così pure è certo che quando si domandava la legittima, s'intentava un giudizio di divisione di eredità *l.* 36 *de inoff. test.*, perchè, come vedemmo di sopra, la legittima si doveva detrarre da tutti e singoli i beni. Parimente i legittimarii dovevano conferire ciò che avevano ricevuto da colui, dai di cui beni domandavano la legittima; e la collazione, non si faceva che dagli eredi, e non dai legatarii e simili. In fine il legittimario instituito erede nella legittima non poteva costringersi ad accettare la eredità e restituirla all'erede fedecommessario, la qual cosa sicuramente lo dimostrava un erede e non un legatario *l.* 27 § 13 *ff ad S. C. Trebell.*

* All'incontro la legittima si presentava sotto l'aspetto di una porzione di beni allorquando si osservi che il legittimario non aveva diritto alla legittima se non dedotti i debiti, come si disse di sopra, e domandava il supplemento alla legittima non coll'azione di divisione, ma colla personale *ex lege*, conforme parimente di sopra si notò. Dippiù se era instituito erede in una cosa certa, locchè era permesso di farsi *nov.* 115 *cap.* 3 si aveva per un legatario e non potevasi contro di lui promuovere alcuna azione considerandolo nella qualità di erede *l. pen. Cod. de haered. inst.*, § 9 *inst. de fideicomm. haered.*, *l.* 30 § 3 *ff ad S. C. Trebell.*

* In questo anfratto di cose apparisce dunque ragionevolissima la riflessione di Vinnio, e ragionevolissima ancora apparisce l'opinione di coloro i quali hanno sostenuto che la legittima si doveva ritenere per una parte di eredità quando si trattava del comodo del legittimario, e per una parte di beni quando si trattava del di lui pregiudizio, specialmente perchè Giustiniano ordinò che la legittima si dovesse lasciare a titolo d'instituzione per accordare un particolare favore ai figli, *novell.* 115. *cap.* 5, la qual cosa non si sarebbe verificata se si fosse considerato il legittimario come un vero erede in tutta la sua estensione, e si sarebbe rivolto contro di lui ciò che era introdotto a suo beneficio contro al disposto della *l.* 6, *de legib.*, *l.* 25 *ff eod.* Questa opinione era passata talmente in uso nel foro che non aveva più contradditore alcuno.

(1) *Legitima pars est bonorum, non haereditatis.* Dumoulin, cons. XXIX, n. 1, t. II, Furgole *Trattato dei testamenti*, cap. X, sez. 1, n. 116; sez. II, n. 39 e 40. Merlin, *Rep.* v. Legittima, sez. II, § 1, n. 1.

(2) Dumoulin, *op. cit.* n. 2, Furgole, *op. e luogo cit.* Merlin, *Rep.* v. Legittima, sez. II, § 1, n. 2.

(3) Merlin, *Rep.* v. Legittima, sez. II, § 1, n. 1.

ingiustamente diredati, ad agire con azione di nullità contro il testamento, ma solamente per quanto riguardava l'istituzione di erede (1).

Nella più parte dei paesi consuetudinarii erasi egualmente ammessa una legittima, ma soltanto in favore dei figli e discendenti. Questa legittima era, in generale, regolata dai principi del diritto romano. Così, essa estendevasi sopra tutti i beni indistintamente. Costituiva per ciascun legittimario un dritto individuale, ed aveva per oggetto una porzione dei beni che ciascuno di loro avrebbe ottenuto in mancanza di disposizioni a titolo gratuito fatte dal defunto (2). Nondimeno, le regole del dritto romano sulla legittima erano state modificate dalla massima: *Il morto investe il vivo* e dal principio che: *istituzione di erede non ha luogo*. Quanto alla quistione, se per dimandare la legittima per via di azione, fosse o no necessario di qualificarsi erede, essa è stata sempre controversa tra gli autori che hanno scritto sul dritto consuetudinario (3). Quelli tra essi, che opinavano per la soluzione affermativa di tale quistione, avevano cercato di attenuare gl'inconvenienti che essa doveva produrre a danno dei legittimarii. Eransi formate, riguardo a ciò, diverse opinioni (4). Nella pratica, era, per quanto pare, prevalsa l'idea che, quando non esistessero beni nell'eredità, ovvero i beni esistenti fossero assorbiti da' debiti, i legittimarii potessero, anche rinunziando alla successione, far pronunziare la riduzione delle donazioni tra vivi fino alla concorrenza della loro legittima (5). Ma ciò che vi ha di certo si è, che non era necessario di qualificarsi erede onde conservare la legittima per via di eccezione. Adunque, il legittimario avvantaggiato per anticipazione di eredi-

(1) Ordinanza del 1735 su' testamenti, art. 53. Furgole, *Trattato dei testamenti*, cap. VIII, sez. II, n. 25 a 39.

(2) Ecco ciò che contiene a tal riguardo l'art. 298 della Consuetudine di Parigi: « La legittima è la metà di quella parte e porzione che ciascun figlio avrebbe avuta nella successione dei detti padre e madre, avo o ava, o altri ascendenti, se i detti padre e madre o altri ascendenti non avessero disposto per donazione tra vivi o per ultima volontà, su tutto, dedotti i debiti e le spese funebri ».

(3) Confr. per l'affermativa: Dumoulin, *Commentario sulla consuetudine di Parigi*, art. 125 dell'antica consuetudine, n. 1, t. I. Ferriere, *Nuovo commentario sulla consuetudine di Parigi*, art. 298, n. 4; Bourjon, *Dritto comune della Francia*, tit. XVII, seconda parte sez. VII, § 1; Ricard, *Trattato delle donazioni*, parte III, cap. VIII, sez. V, n. 978 e seg.; Lebrun, *delle Successioni*, lib. II, cap. III, sez. I, n. 9 e seg.; Argou, *Istituzioni del dritto Francese*, lib. II, cap. XIII. Confr. per la negativa: Merlin, *Rep.* v. Legittima, sez. II, § 1, n. 2; Chabot, sull'art. 764, n. 9, e le autorità citate da questi autori.

(4) Conf. Grenier, *Trattato delle donazioni*, II, 592.

(5) Lebrun, *op. cit.* lib. II, cap. II, sez. I, n. 29.

tà, poteva, non ostante che rinunziasse, ritenere la sua propria legittima sul dono ond' egli era stato gratificato (1).

Allato alla restrizione così apportata, mercè l'ammissione della legittima, alla facoltà di disporre a titolo gratuito di tutti i proprii beni indistintamente, il dritto consuetudinario ne aveva stabilita una seconda, per quanto concerneva specialmente i beni provenienti da successione, dei quali non era permesso di disporre per testamento, che fino alla concorrenza di una tenue quota. La porzione dei beni di questa specie, la quale trovavasi colpita di indisponibilità, chiamavasi *riserva*. Essa era devoluta, a titolo di successione *ab intestato*, a' parenti della stirpe e della linea da cui provenivano i detti beni proprii, qualunque fossero d'altronde la qualità di questi parenti, il loro numero ed il loro grado di parentela col defunto. La riserva consuetudinaria era una conseguenza della comproprietà di famiglia ammessa nell'antico dritto germanico, ed avea per oggetto il garentirla in una certa misura.

La legislazione intermedia, cancellando le differenze che erano esistite tra 'l diritto scritto e il diritto consuetudinario relativamente alla facoltà di disporre a titolo gratuito, restrinse questa facoltà fra limiti strettissimi, affine d'impedire la concentrazione delle ricchezze nelle mani di alcune famiglie, e di menare gradatamente all'uguaglianza del patrimonii. Per tal guisa, la legge del 17 nevoso anno II vietò ad ogni persona il disporre di oltre il decimo o il sesto del suo patrimonio, secondochè ella lasciasse eredi in linea retta, ovvero lasciasse solamente collaterali. Questo stato di cose durò sino alla promulgazione della legge del 4 germile anno VIII, la quale diè nuovamente maggiore estensione alla facoltà di disporre a titolo gratuito.

* *Diritto consuetudinario Siculo-Napolitano.* Nelle consuetudini napolitane in quanto alla legittima o riserva si trovano i seguenti principî:

** Si stabilisce che se taluno muore col testamento, avendo figli, possa dei beni da esso lui acquistati a sua voglia disporre, con lasciar solo a costoro la legittima giusta il diritto romano; ma che dei beni antichi da chiunque pervenutigli de' congiunti, sol gli sia lecito della metà testare, dovendo all'altra i suoi figli egualmente succedere; salvo al padre di uguagliar la sorte dei figli, se per qualchedun avesse speso danaro, e salva la facoltà di diseredirli anche di questi beni antichi, qualora giusta cagione ne avesse (2).

* Se il testatore non ha nè figli nè discendenti può disporre dei beni paterni, materni, ed altri pervenutigli dagli agnati e co-

(1) Consuetudine di Parigi, artic. 307. Confr. Ordinanza del 1731, artic. 34.

* (2) Tit. II, de successionibus ex testamento. Cons. Si aliquis moriens,

gnati, a suo piacere, sino alla metà. L'altra metà spetta ai più prossimi agnati e cognati; ma dei beni da lui acquistati può disporre come gli piace (1).

* Si determina che il figlio o la figlia di famiglia possano solamente in testamento disporre dei beni lor pervenuti o dalla madre premorta, o da altri della medesima linea di costei; senz'essere obbligati a lasciare al loro padre o avo paterno che la sola legittima (2).

* Si stabilisce inoltre che se muore una donna con figli, possa solamente disporre della decima parte delle sue doti, come di tutte le altre robe che le sieno pervenute dai suoi agnati e cognati tanto per titolo ereditario quanto lucrativo; nonchè del *paratum* e della quarta detta *uxoria* guadagnata su i beni di altro suo primo marito premorto senza figli: nondimeno di tutte le mentovate specie di robe debba essa eziandio lasciare la legittima ai figli tutti sian nati dal primo o dal secondo matrimonio.

** È disposto in fine che se una donna la quale abbia figli nati da diversi matrimonii si muore intestata, costoro tanto maschi che femmine ugualmente le succedono; ed indi si prescrive come succedono i figli benchè di diversi matrimonii, morendo la di loro madre intestata (3).

** Per diritto sicolo nessuna consuetudine aveva luogo, la quale derogasse alle leggi di diritto romano, che erano qui nella specie perfettamente osservate. Se non che troviamo che la querela *d'inofficiosità* dovevasi dal legittimario promuovere entro il termine di anni trenta dalla morte del donante o testatore, altrimenti riputavasi prescritta in vigore della prammatica dei 22 settembre 1798.

Gli art. 829 e seg. del *Codice* civile, relativi alla quota disponibile dei beni, non furono adottati che dopo più cangiamenti di compilazione e dopo discussioni assai lunghe, che versarono principalmente intorno alle persone in favor delle quali convenisse restringere la facoltà di disporre, ed intorno alla estensione da darsi a questa restrizione (4). Benchè tali discussioni non indichino in un modo ben nitido il carattere che i compilatori del Codice abbiano inteso di attribuire alla riserva, quale essi l'hanno stabilita, non si può tuttavia sconoscere che il sistema da essi adottato riguardo a ciò sia il risultamento di una combinazione dei

** (1) Tit. III, de successionibus morientis sine filiis ex testamento. Cons. Et si testator.

* (2) Tit. IV, de filiis familias volentibus testare, et de quibus bonis. Cons. Filius familias.

* (3) Tit. VI, de muliere habente filios, qualiter suam dotem disponit. Cons. 1. Si qua moriens.

(4) Confr. *Discussione presso il consiglio di Stato*, sessioni de' 21 e 28 piovoso anno XI; *Osservazioni del tribunato; Rapporto* di Bigot-Preameneu, sul risultamento della conferenza tra la sezione di legislazione del consiglio di Stato e quella del tribunato (Locré, *Legisl.* t. XI).

principii relativi alla riserva consuetudinaria ed alla legittima ammessa nei paesi di consuetudine.

603. Nozione della riserva.

La riserva è il diritto ereditario dei parenti in linea retta, in quantochè esso è garentito, fino alla concorrenza di una determinata quota di beni, contro le liberalità della persona alla cui successione essi vengano chiamati dalla legge. Questa definizione racchiude le proposizioni seguenti:

1. La riserva è un dritto di successione *ab intestato* (1). Le

(1) Si comprende, fino ad un certo punto, che sotto l'impero delle consuetudini, le quali avevano tolto a prestito dal dritto romano il principio della legittima, siasi sostenuto, malgrado le modificazioni apportate a tal principio dall'ammissione della investitura ereditaria e dal rigettamento della istituzione di erede, che i legittimarii fossero autorizzati a reclamare la legittima nella sola loro qualità di discendenti, senza essere obbligati di qualificarsi eredi. I partigiani di questa opinione potevano in effetti trarre ragione dal riflesso che la legittima dei paesi consuetudinarii non era come quella de' paesi di dritto scritto, se non che una parte aliquota di beni, attribuita a ciascun legittimario individualmente, e non già una parte aliquota dell' eredità, devoluta a tutti i legittimarii collettivamente. Conf. consuetudine di Parigi, articolo 307. Ma sotto l'impero del Codice civile, la discussione non è più possibile; poichè risulta evidentemente dalla compilazione degli articoli 829 ed 831, che il patrimonio di ogni persona, la quale lasci eredi in linea retta, si divide di pieno dritto in due parti, una delle quali costituisce la quota disponibile, e l'altra la riserva; e che quest' ultima, la quale non è altra cosa che l' eredità medesima, meno la quota disponibile, trovasi attribuita in un modo collettivo agli eredi di riserva. D'altronde la sostituzione della parola *riserva* alla parola *legittima* (nelle nostre LL. CC. sono state adoperate indistintamente le voci *riserva* e *legittima*) dinota, in un modo ben evidente, l'intenzione di ravvicinarsi riguardo a ciò a' principii che regolavano la riserva consuetudinaria. La sola seria obbiezione che si possa fare contro questa maniera di vedere, deriva dalle osservazioni presentate dal Tribunato, in occasione della compilazione primitiva dell'art. 388, e dal cangiamento che subì quest' articolo in conseguenza di tali osservazioni. Il consiglio di Stato, dopo di avere ammesso, nella sessione del 5 ventoso anno XI, che i creditori ereditarii potessero esercitare le loro azioni sopra i beni che la riduzione delle donazioni tra vivi renderebbe agli eredi di riserva, rivenne contro questa risoluzione, nel tempo della sessione del 24 germile anno XI, dichiarando nell'art. 838 che i creditori del defunto non potessero nè domandare la riduzione delle donazioni tra vivi nè profittarne. Quantunque questa nuova disposizione sia stata adottata a richiesta del Tribunato, il quale, per farla ammettere, erasi fondato sul riflesso che l'azione di riduzione è un dritto meramente personale, competente al figliuolo in questa sola qualità, astrazion fatta da quella di erede, che egli può assumere o no, sembra certo nondimeno che il consiglio di Stato, accogliendo la dimanda del Tribunato, non vi si è punto determinato pe' motivi che il detto Tribunato aveva addotti, ma bensì per la seguente ragione perentoria presentata da Tronchet, cioè, che se

regole relative al dritto di successione ed agli eredi in generale, si applicano per conseguente anche alla riserva ed agli eredi di riserva.

2. La riserva si esercita sulla quota dei beni riservati, come il dritto di successione ordinaria sull'eredità intera. Adunque, gli eredi di riserva possono reclamare in ispecie la quota dei beni riservati in loro favore, senza essere tenuti a contentarsi del valore estimativo di questi beni (1).

3. La riserva produce l'effetto di garentire il dritto di successione degli eredi a' quali essa compete, contro le disposizioni tra vivi o testamentarie del loro autore. Questi non può, nè direttamente nè indirettamente, fare onta al dritto di riserva (2). Egli non può soprattutto, legando agli eredi di riserva, subordinare l'effetto di questo legato ad una condizione, nè gravarlo di pesi qualsivogliano (3) * nè transigere in verun modo sulla stessa, poichè nulla sarebbe la transazione. Art. 836.*

Dagli sviluppamenti che abbiamo ora dati risulta, che se la riserva stabilita dal Codice civile si avvicina, per alcuni riguardi, alla legittima ammessa ne' paesi di consuetudine ed alla riserva consuetudinaria, essa però si discosta dall'una e dall'altra sotto più rapporti.

Differisce dalla legittima dei pae-

i creditori fossero ammessi a soddisfarsi sopra i beni provegnenti dalla riduzione delle donazioni tra vivi, essi profitterebbero; a danno degli eredi di riserva, di un dritto il quale è introdotto a favore solamente di questi ultimi. Conf. Locré, *Legisl.* t. XI, numeri 7 e 19.

(1) Grenier, II, 648 e seg. Toullier, V, 153. Rennes, 21 febbraio 1834, Sir., XXXV, 2. 314. Vedi nondimeno le eccezioni apportate a questo principio dagli art. 841 ed 847.

(2) Così, per esempio, dovrebbesi riguardare come inefficace la disposizione con cui un padre, facendo un legato a titolo di precapienza ad uno de' suoi figliuoli, avesse derogato in suo favore all'art. 785. Rennes, 21 febbraio 1834, Sir., XXXV,

(La legittima non può essere sottoposta a veruna condizione che v'apportasse pregiudizio. Brusselles, 14 giugno 1828. *Giur. del XIX secolo*, 1828, 3, 161).

(3) Proudhon, II, 263. Nondimeno il testatore che faccia ad un erede di riserva un legato, il cui valore ecceda la riserva, può imporgli quel peso che egli stimi conveniente, dichiarando che questo legato verrà ridotto alla riserva nel caso in cui il legatario si ricusasse di adempiere ad un tal peso. Delvincourt, sull'art. 1003. Toullier, V, 734, Ric. rig., 1 marzo 1830, Sir., XXX, 1, 82, Ric. rig., 7 febbraio 1831, Sir., XXXI, 1, 77. Una clausola di questa specie è chiamata *cautela socini*. Vedi Thibaut, II, § 812; Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, III. § 680.

(I dritti di un erede legittimario debbono rimanere interi riguardo alla quota disponibile, o che egli sia chiamato alla successione come erede *ab intestato*, o che vi sia chiamato in virtù di un testamento.

—L'approvazione del testamento non produrrebbe dal canto suo rinunzia a chiedere la riduzione dei legati per ricevere il compimento della sua legittima. Brusselles, 13 maggio 1829, *Giur. di B.*, 1829, 2, 228).

si consuetudinari francesi: 1. in quantochè è accordata tanto agli ascendenti che a' discendenti; 2. in quantochè versa su di una parte aliquota dell'eredità attribuita collettivamente a tutti gli eredi di riserva (1), mentre la legittima non versava che sopra una parte aliquota di beni, attribuita individualmente a ciascuno dei legittimari.

La riserva stabilita dal Codice civile differisce dalla riserva consuetudinaria: 1. in quantochè, la prima non è accordata che agli eredi in linea retta, mentre la seconda poteva essere reclamata da tutti gli eredi dei beni propri pervenutigli per successione; 2. in quantochè la prima versa sopra tutti i beni indistintamente, mentre la riserva consuetudinaria non aveva per oggetto che i beni propri di successione; 3. in quantochè la prima autorizza gli eredi di riserva a rivenire non solo contro le disposizioni di ultima volontà, ma altresì contro le donazioni tra vivi, mentre la riserva consuetudinaria non dava loro che il dritto di far ridurre le disposizioni testamentarie.

604. Delle persone che possono aver dritto ad una riserva e della diredazione.

I parenti in linea retta sono i soli ai quali la legge attribuisca una riserva. I collaterali, in generale, ed i fratelli e le sorelle, in particolare, non godono di alcuna riserva. Allorchè dunque una persona non lasci che collaterali, essa può esaurire la totalità del suo patrimonio per mezzo di disposizioni a titolo gratuito (2). Art. 829, 831 ed 832.

La legge non accorda nominatamente la riserva che a' discendenti ed agli ascendenti legittimi. Nondimeno, i figli legittimati ed i figli adottivi debbono, sotto questo rapporto, essere del tutto assomigliati ai figli legittimi (3), salvo il caso che la legittimazione sia per grazia del principe.

Da un altro canto, l'artic. 674, attribuisce implicitamente una riserva a' figli naturali riconosciuti (4). Ma non si può, sotto pretesto di reciprocazione, accordare al padre o alla madre di un figlio naturale riconosciuto una riserva sull' eredità di quest' ultimo (5).

(1) Quest'attribuzione collettiva è assoluta per quanto concerne la riserva dei discendenti.

(2) Confr. nondimeno art. 820, e § 688.

(3) Confr. riguardo a' figliuoli legittimati: art. 254; riguardo a' figliuoli adottivi: art. 274.

(4) Verrà trattato, per appendice alla riserva degli eredi, della riserva de' figliuoli naturali.

(5) La riserva è un dritto che non può appartenere se non a coloro a vantaggio dei quali la legge l'ha stabilito, sia espressamente, sia per lo meno implicitamente. Se la combinazione degli art. 674, mena a riconoscere l'esistenza di una riserva in pro de' figli naturali, non trovasi nel Codice alcuna disposizione che, da vicino o da lungi, possa essere considerata come ammettente una riserva in favore de' padri e delle madri naturali. Per sostenere l'opinione contraria a quella che abbiamo emessa, dicesi che, sol per-

Le persone incapaci di succedere debbono, in quanto alla riserva, del pari che in quanto alla successione ordinaria, essere considerate come non esistenti. Così, l'esistenza fisica di discendenti o di ascendenti colpiti dalla pena dell'ergastolo non può dare adito alla riserva (1). I discendenti o gli ascendenti, la cui esistenza sia messa in contestazione a cagione della loro assenza, si debbono ugualmente considerare, sotto il rapporto della riserva, come non esistenti (2).

I discendenti o gli ascendenti non hanno dritto alla riserva se non in quanto si trovino chiamati alla successione.

* Se non che questa condizione può subire una eccezione nei seguenti casi:

* 1. Al figlio dell' indegno non potrà esser negata la legittima, sia che succeda per proprio diritto, sia che per succedere abbia bisogno di rappresentare il grado dell' indegno; art. 653.

* 2. Se il figlio diredato espressamente nel testamento, premuore al padre, la diredazione non pregiudica i diritti dei disceden-

chè una riserva è attribuita al figlio naturale, debbasi, per reciprocazione, accordarne una al suo padre ed alla sua madre. A questo ragionamento può rispostе: In fatti, la posizione del padre e della madre di un figlio naturale è lontana dall'essere così favorevole come la posizione di questo figlio. Il legislatore adunque non aveva, per proteggere gl'interessi dei primi, motivi così possenti, come per garentire quelli del secondo. Ma, concedendo pure che sotto il punto di veduta legislativo la reciprocazione avesse dovuto essere ammessa, non sarebbe questa una ragione per riconoscere l'esistenza di una riserva a vantaggio dei padri e delle madri naturali, riempiendo la lacuna che troverebbesi a tal riguardo nella legge. Ciò che prova del resto che il legislatore non ha in verun modo avuta l' intenzione di consacrare questa reciprocazione, è che non vedesi nel Codice alcuna disposizione col soccorso della quale possa fissarsi l'ammontare della riserva dei padri e delle madri naturali, eccetto se vogliasi accordar loro una riserva eguale a quella dei padri e delle madri legittimi. Ora, non si potrebbe ammettere questa assimilazione che allontanandosi dal principio della reciprocazione; poichè la riserva dei figli naturali è quasi sempre minore di quella dei figli legittimi, ed essa e ancora, in alcuni casi, minore di quella degli ascendenti legittimi. Delvincourt, II, p. 66. Chabot, sull'art. 630, n. 3. Malpel, n. 167. Dalloz. *Giur. gen.*, v. Successioni, p. 331. num. 4. Nimes, 11 luglio 1827, Sir., XXVIII, 2, 55. Douai. 5 dicembre 1840, Sir., XLI, 2, 261. Vedi in senso contrario: Loiseau, *Trattato dei figli naturali*, pag. 693, ed *appendice*, pag. 80; Grenier, *delle Donazioni*, II, 676; Poujol, *delle Successioni*, sull'articolo 680, n. 3; Vazeille *delle Successioni e delle Donazioni*, sull'artic. 680, n. 5; Rolland de Villargues, *Rep del notariato*, v. Porzione disponibile, n. 46; Fouet de Conflans, *Spirito della giurisprudenza sulle successioni*, sull'art. 680, n. 2; *Osservazioni* di Devilleneuve e Carrè, Sir., XLI, 2, 125; Bordeaux, 24 febbraio 1834 e 20 marzo 1837, Sir., XXXIV, 2, 461 e XXXVII, 2, 483.

(1) Conf. art. 16, II. pp.

(2) Conf. art. 141.

ti del medesimo; art. 853.

** 3. Il figlio del condannato all'ergastolo, dovrà dall'avo conseguire la legittima, poichè la legge considera l'ergastolano come mezzo ed organo per potere i di lui discendenti conseguire i diritti successori ed i condizionali che si verifichino a suo favore. Art. 16 Leg. Pen.

605. Dell'ammontare della riserva.

1. Della riserva dei figli e dei discendenti.

*La riserva o legittima del figli o del figlio è della metà dei beni del padre o della madre. Art. 829.

* Sono compresi sotto nome di figli i discendenti in qualunque grado essi siano, ma non si contano se non per quel figlio che rappresentano nella successione del disponente. Art. 830.

I figli e discendenti non sono computati, pel calcolo della riserva, se non in quanto sieno essi capaci di succedere e la loro esistenza sia riconosciuta. Così, gli ergastolani e gli assenti non fanno numero (1). Le regole precedentemente stabilite in ordine a' discendenti di un figlio premorto, si applicano egualmente ai discendenti di un assente (2).

L'ammontare della riserva dei figli o dei discendenti si determina secondo il numero dei figli o delle stirpi di discendenti chiamati alla successione ed investiti dell' eredità; poco importando che nel fatto, l' uno o l' altro di questi figli o discendenti non possa o non voglia prendervi parte. Adunque, i figli o discendenti che abbiano rinunziato, o che sieno stati dichiarati indegni di succedere *(salvo il caso che il diredato premuoia al diredante) fanno non per tanto numero per la computazione della riserva (3). Lo stesso è a dire anche di coloro che avessero rinunziato alla successione per attenersi ai doni o a' legati fatti in loro favore (4).

(1) Art. 141 e 646. Grenier, II, 559. Duranton, VIII, 295. * Devesi sempre eccettuare il caso che costoro avessero dei figli.

(2) Grenier, VI, 567. Toullier, V, 105. Duranton, VIII, 301.

(3) L'art. 829, secondo il quale la quota disponibile, e, per conseguenza, la riserva, vanno determinate avuto riguardo al numero dei figliuoli che il disponente lasci alla sua morte, non richiede, onde questi figliuoli siano computati, che essi si qualifichino tutti eredi e sieno di fatto ammessi alla successione. Non si potrebbe dunque richiedere questa condizione senza aggiungere alla disposizione della legge; ed è tanto meno permesso il farlo, in quanto i rinunzianti e gl' indegni sono, fino al momento della loro rinunzia e della loro esclusione, investiti dell'eredità. Vedi altresì art. 837 ed 839; § 680, testo e nota 10, Grenier, II, 563 e seg.; Toullier, V. 169; Duranton, VIII, 293 e seg.; Martin, *delle Successioni*, n. 565; Favard, *Rep.* v. Porzione disponibile, sez. 1, § 1, n. 1; Civ. rig., 18 febbraio 1826, Sir., XXVI, 2, 296; Caen. 25 luglio 1827, Sir., XXVII, 2, 456. Vedi in senso contrario: Delvincourt, II, 216. Lagrange, *Dissertazione*, *Rivista del dritto francese straniero.*

(4) Duranton, *luogo cit.*

2. Della riserva degli ascendenti.

* La riserva degli ascendenti superstiti di qualunque linea, quando il defunto non abbia figli, è della metà della quota che sarebbe loro spettata ab intestato. Art. 831. Così l' ammontare della riserva degli ascendenti è variabile nel senso di doversi calcolare se l'ascendente concorresse o pur no alla successione coi fratelli e con le sorelle del defunto (1).

606. Del dritto di successione in quanto alla riserva.

Il dritto alla riserva non si apre, come ogni dritto di successione in generale, che per la morte naturale o per condanna allo ergastolo della persona sul patrimonio della quale esso versi.

1. Delle condizioni sotto di cui le persone, che possono avere dritto ad una riserva, sono autorizzate a reclamarla.

Coloro ai quali la legge attribuisce una riserva non possono reclamarla se non nella qualità di eredi, vale a dire, se non in quanto essi abbiano accettata la successione, e non ne siano stati esclusi per causa d' indegnità o per motivi che abbiano dato luogo alla diredazione. Da ciò risulta, che il riservatario rinunziante non può reclamare, per mezzo di un'azione di riduzione diretta contro i legatarii del defunto, la parte che egli avrebbe avuto della riserva, se avesse accettata la successione (2), Ne risulta anco-

* (1) Varia allora la quota disponibile, poichè se l'ascendente è uno e due sono i fratelli del defunto, al primo spettando per legittima la metà della terza parte, tolta dall' asse di 12 onze la quota suddetta importante onze 2, il defunto poteva disporre di onze dieci: poichè i di lui fratelli non hanno diritto a riserva. Se gli ascendenti son due e due sono i fratelli, spettando ad ognuno degli ascendenti la quarta parte ab intestato, la metà di questa parte è loro dovuta per legittima ed in conseguenza un'onza e mezzo per ciascuno, quindi il defunto poteva disporre di onze 9. E se uno dei genitori rinunzii, la parte mancante ad altri si accresce.

(2) Questa proposizione è una conseguenza dei principii stabiliti nel § 603 sulla natura della riserva, e degli sviluppamenti storici dati nella nota 1 del detto paragrafo. Essa va giustificata inoltre dalla compilazione di un gran numero di disposizioni del Codice, e principalmente dagli art. 830, 831, 833, 841, 847, 930, 932, 935 e 965, i quali tutti suppongono che la qualità di riservatario è subordinata a quella di erede. Ma quel che soprattutto ci sembra decisivo, si è che, a differenza del dritto romano e della consuetudine di Parigi, che determinavano direttamente e mediante fissazione individuale per ciascun legittimario l'ammontare della legittima, gli art. 829 ed 831 si limitano a circoscrivere la facoltà di disporre, senza fissare direttamente l'ammontare della riserva, e soprattutto senza attribuirla in un modo distributivo a ciascuno dei riservatarii. Ciò posto, il solo effetto di questi articoli consistendo nell' obbligare colui che abbia parenti in linea retta, a lasciare in loro vantaggio nella sua successione, la porzione di beni della quale la legge interdice la disposizione, è per questa medesima ragione evidente che non si può aver dritto a tale por-

ra, che il donatario o il legatario a titolo di anticipazione di eredità, il quale rinunzii alla successione per ritenere il suo dono o il suo legato, non può cumulativamente rivendicare la qualità di donatario o di legatario e quella di riservatario, per ritenere il suo dono o dimandare il suo legato fino alla concorrenza, non solo della quota disponibile, ma ancora di una parte della riserva (1).

zione di beni nella sola qualità di discendente, e che quindi il riservatario, il quale rinunzii alla successione, non può reclamare la sua parte della riserva, nè per mezzo di un'azione di riduzione contro i donatarii o contro i legatarii del defunto, nè per mezzo di una dimanda di divisione della riserva, diretta contro i riservatarii accettanti. Alcune persone avevano da principio sostenuta un'opinione contraria. Chabot (*delle Successioni* sull'art. 764, n. 8 e 9) è, per quanto sia a nostra conoscenza, il solo autore che abbia persistito nel sentimento che abbiamo combattuto. Vedi le autorità citate nella nota seguente.

(1) Se potesse essere necessario il giustificare questa proposizione col concorso di argomenti desunti al di fuori delle premesse stabilite nel testo, e delle spiegazioni date nella nota precedente, basterebbe, a parer nostro, per renderne compiuta la dimostrazione, il paragonare la compilazione dell'art. 764 del Codice civile a quella dell'art. 307 della Consuetudine di Parigi, che è concepuito così: « Nondimeno, se colui a cui si fosse donato, si volesse attenere al suo dono, può farlo, astenendosi dall'eredità, riservata agli altri la legittima ». Risulta da questa disposizione, che il donatario rinunziante era autorizzato a ritenere tutto ciò che rimaneva dopo la somministrazione delle legittime ai legittimarii accettanti, mentre, secondo l'art. 764, la ritenzione non può giammai oltrepassare un valore eguale all'ammontare della quota disponibile. Si obbietta per verità, che quando trattasi di liberalità fatte ad un erede di riserva, la quota disponibile si compone ad un tempo stesso e della sua parte alla riserva, e della porzione di beni di cui il defunto avrebbe potuto disporre a favore di un estraneo. In sostegno di questa obbiezione, si dice, che risulti dall'art. 764, che il legislatore abbia inteso di accordare un favore speciale all'erede riservatario il quale rinunzii alla successione per ritenere il suo dono o il suo legato, e che, per conoscere in che consista un tal favore, faccia d'uopo ricorrere all'art. 835, secondo il quale il riservatario è autorizzato a cumulare la quota disponibile ordinaria colla sua porzione della riserva. A questa argomentazione abbiamo più risposte a dare: 1.° Gli art. 829 ed 831 sono i soli che abbiano per oggetto il fissare l'ammontare della quota disponibile. A questi articoli adunque bisogna esclusivamente riportarsi per la spiegazione dell'art. 764. E siccome essi determinano la quota disponibile in una maniera assoluta, vale a dire, indipendentemente dalla qualità delle persone a vantaggio delle quali il defunto abbia disposto, è cosa impossibile lo ammettere che questa quota debba, quando trattisi di liberalità fatte ad un riservatario, accrescersi della sua porzione sulla riserva. 2.° È contrario alle regole di una sana interpetrazione il cercare nell'art. 835 il compimento dell'art. 764; perciocchè queste due disposizioni si applicano ad ipotesi del tutto differenti. Nell'art. 835 trattasi di una liberalità fatta a titolo di precapienza ad un erede di riserva che

Egli può solamente, nella qualità di donatario o di legatario, ritenere il suo dono o dimandare il suo legato fino alla concorrenza di un valore eguale alla quota disponibile con cui un estraneo avrebbe potuto essere gratificato. Questa ritenzione si opera

abbia accettata la successione, mentre nell'art. 764 trattasi di una disposizione fatta per anticipazione di eredità a vantaggio di un successibile, godente o no di una riserva che abbia rinunziato alla successione. 3.° Se l'art. 819 835 accorda al successibile donatario o legatario il diritto di cumulare la sua parte della successione al dono o al legato con cui sia stato gratificato, ciò avviene unicamente nel caso in cui la liberalità fatta a suo vantaggio abbia avuto luogo con dispensa dalla collazione. Voler ammettere questa cumulazione nel favore di un successibile donatario o legatario per anticipata successione, il quale rinunzii all'eredità per attenersi al dono o al legato fattogli, sarebbe un riconoscere in lui la facoltà di assicurarsi mercè di una rinunzia fatta unicamente con questo scopo, tutti i vantaggi che gli conferirebbe, nel caso di accettazione, una liberalità dispensata dalla collazione, e di creare per tal guisa in suo pro una vera precapienza, contrariamente alla intenzione del defunto, ed a danno degli altri eredi. 4.° Noi riconosciamo che l'art. 764 è stato concepito con uno spirito di favore pel successibile rinunziante il quale sia donatario o legatario per anticipata successione, e l'argomento che si è fondato su questa considerazione sarebbe forse concludente, se la facoltà conceduta al successibile rinunziante di ritenere il suo dono o di chiedere il suo legato fino alla concorrenza della quota disponibile, non dovesse presentargli alcun vantaggio nel sistema che noi sosteniamo. Ma la cosa non va così. La legge accorda un favore al successibile rinunziante, solamente perchè lo autorizza a ritenere un dono a reclamare un legato (nelle nostre leggi si parla delle sole donazioni tra vivi e non già de' legati) che, essendogli stato fatto per anticipata successione, sembrava subordinato, riguardo alla sua conservazione, alla condizione tacita dell'accettazione dell'eredità; e questo favore diviene più considerevole ancora, quando la quota disponibile sia maggiore della porzione del rinunziante sulla successione; poichè in questo caso egli può conservare o reclamare una porzione maggiore di quella degli altri eredi. Sotto questo rapporto, è forza riconoscere che l'art. 764 produce il risultamento di modificare il carattere del dono o del legato fatto per anticipata successione, e di distruggere l'eguaglianza tra gli eredi, che il defunto avea voluto serbare. È cosa assai difficile il giustificare siffatto risultamento sotto il punto di veduta della teoria; ed è questa una ragione di più per non concedere al successibile rinunziante se non quello che non è possibile di negargli a vista del testo dell'art. 764. Ci resta a far conoscere lo stato della dottrina e della giureprudenza. Alcuni autori avevano insegnato, che quantunque bisognasse essere erede per reclamare la riserva in linea di azione, pure i riservatarii i quali fossero stati ad un tempo stesso donatarii o legatarii per anticipata successione, potevano nondimeno, malgrado la loro rinunzia, cumulare la loro porzione della riserva alla quota disponibile. Vedi in questo senso: Delvincourt e Grenier, *Trattato delle donazioni*, II, 566; *Rep.* di Merlin, v. Riserva, sez. I, § 1, n. 16, sez. II, § 1, n. 7. 7, ediz. 1.; Malpel, *Supplemento al Trattato delle Succes-*

senza che il carattere di anticipazione di eredità, cui il defunto aveva impresso alla liberalità, venga alterato relativamente allo

sioni, n. 270. Ma la corte di cassazione rigettò questa opinione, e decise, coll'arresto Laroque de Mons, che il riservatario perdesse, mercè la sua rinunzia, ogni dritto alla riserva, e non potesse più per conseguente cumulare la quota disponibile alla sua porzione della riserva. Civ.rig., 18 febbraio 1818, Sir., XVIII, 1, 98. Il sistema consacrato in quest'arresto robustamente motivato, fu ammesso dalla maggior parte degli autori. Vedi: Touillier, V, 110; Levasseur, n. 46, Favard, *Rep.* v. Rinunzia, § 1, n. 14; Duranton, VII, 251 a 259, VIII, 298; Belost-Jolimont, sopra Chabot, osservazione 2. sull'art. 764; Dalloz, *Giur. gen.* v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. X, n. 3, e 47; Vazeille, *delle Successioni*, sull'art. 764, n. 4; Poujol, *delle Successioni*, sull'art. 764, n. 4. Grenier nella sua terza edizione *del Trattato delle donazioni*, si appigliò anche alla opinione che aveva professata la corte di cassazione; e diverse decisioni furono rendute in questo senso. Vedi: Tolosa, 17 giugno 1821, Sir., XXII, 2, 102; Grenoble 22 gennaio 1827, Sir., XXII, 2, 95; Bastia, 21 luglio 1827, Sir., XXVIII, 2, g 1; Tolosa, 11 giugno 1829, Sir., XXX, 2, 13: Limoges, 14 dicembre 1831, Sir., XXXII, 2, 193; Grenoble, 20 luglio 1832, Sir., XXXII, 2, 531. Nondimeno, la giureprudenza non venne definitivamente fissata dall'arresto Laroque de Mons: posteriormente a questo arresto, furono pronunziate più decisioni di corti reali che ammisero il donatario per anticipata successione a ritenere sul suo dono, tuttochè rinunziando alla successione, non meno la quota disponibile, che la sua porzione della riserva. Vedi in questo senso: Tolosa, 7 agosto 1820, Sir., XX, 2, 296, e XXII, 2, 66; Parigi, 31 luglio 1821, Sir., XVII, 2, 104; Tolosa 17 agosto 1821, Sir., XXII, 2, 141; Montpellier, 18 dicem. 1835, Sir., XXXVII, 2, 433; Bordeaux, 14 luglio 1837 Sir., XXXVII, 2, 434. Tale era lo stato della giureprudenza, quando nel 1843, e per una di quelle oscillazioni, i cui esempii sono sventuratamente troppo frequenti da qualche anno a questa parte, la corte di cassazione ha pronunziata una decisione diametralmente opposta ai principii consacrati dall'arresto Laroque de Mons.; Civ. cass., 17 maggio 1843; Sir., XLIII, 1, 68. Questo cangiamento di giureprudenza ci sembra essere stato il risultamento della confusione che la corte di cassazione ha fatto della quistione di cui attualmente ci occupiamo, con quella di sapersi, se la totalità di un dono fatto per anticipata successione debba, nel caso di rinunzia del donatario, imputarsi sulla porzione che egli avrebbe avuto della riserva, o sulla quota disponibile. Or queste due quistioni sono distinte ed indipendenti l'una dall'altra. La prima non può elevarsi che tra il donatario per anticipata successione che rinunzii alla eredità; ed i riservatarii che l'accettino, e dev'essere risoluta giusta i principii sulla natura della riserva e le condizioni necessarie per poterla reclamare. La seconda per contrario si eleva tra i riservatarii accettanti, ed i donatarii o i legatarii gratificati posteriormente al donatario per anticipata successione che rinunzii all'eredità; e dev'essere decisa secondo le regole che determinano quali sieno le liberalità imputabili sulla quota disponibile. Conf. § 684 *ter.* Laonde, l'arresto della corte di cassazione è stato l' oggetto di una viva critica da parte di tutti coloro che l'hanno esaminato. Vedi: *Osservazioni* di De-

effetto delle disposizioni che egli abbia potuto fare in vantaggio di altre persone.

Del resto gli eredi di riserva sono nella libertà di accettare la successione o puramente e semplicemente, o col benefizio dello inventario.

2. Dell'ordine successorio degli eredi di riserva.

Gli eredi a' quali la legge attribuisce una riserva vi succedono collo stesso ordine col quale verrebbero all'eredità intera, se il defunto non avesse fatte disposizioni a titolo gratuito. Così, gli eredi di riserva più prossimi escludono gli eredi di riserva più remoti, eccetto se questi ultimi godessero del dritto di rappresentazione.

Se la riserva sia dovuta a più eredi, la divisione se ne effettua nello stesso modo che se si trattasse della divisione dell'eredità intera.

3. Dei dritti e delle obbligazioni degli eredi di riserva.

Gli eredi di riserva godono, in generale, degli stessi dritti, e sono sottoposti alle stesse obbligazioni degli eredi ordinarii (1). Allorchè essi accettino l'eredità puramente, sono tenuti, anche al di là del loro emolumento, e sopra i loro proprii beni, ai debiti ed ai pesi della successione. Nondimeno, essi conservano, malgrado la loro accettazione pura e semplice, la facoltà di esercitare il loro dritto di riserva contro i donatarii o legatarii del defunto (2), purchè sieno al caso di giustificare in un modo rego-

villeneuve, Sir., XLIII, 1, 689, nella nota; *Dissertazione* di Pont, *Rivista di Legislazione*, XVIII, 435; *Dissertaz.* di Lagrange, *Rivista del dritto francese e straniero*. I, p. 109.

(1) (La legittima è una quota dell'eredità, e non già solamente una quota di beni. È lo stesso della riserva sotto il Codice civile. Il figlio ridotto alla sua legittima o alla riserva della sua madre, è tenuto ad adempiere le obbligazioni contratte da lei per rapporto a' beni pervenuti dal padre, per esempio, dandogli in fitto, Brusselles, 5 aprile 1821, *Pasicrisia belgica*, sotto questa data).

(2) Grenier, II, 391 e 592. Toullier, V, 166. Chabot, *delle Successioni*, sull'art. 794, n. 32; Proudhon, *dell'Usufrutto*, I, 340. Confr. Ric. rig., 16 gennaio 1821, Sir., XXII, 1, 197. Vedi in senso contrario: Maleville, sull'art. 819; Delvincourt, II, 100. Per sostenersi che l'erede, il quale accetti la successione puramente e semplicemente, perda, per questa ragione soltanto, il dritto di dimandare la riduzione de' legati che attentino alla sua riserva, questi autori si fondano sul riflesso che l'accettazione pura e semplice rende l'erede debitore personale di tutti i debiti e pesi dell'eredità, e conseguentemente anche de' legati. Quest'argomentazione va confutata mercè la considerazione, che se l'erede pura e semplice è obbligato al pagamento dei legati fatti dal defunto, egli non vi è tenuto se non in quanto questi legati gravino legalmente la successione in ciò che lo riguarda. Ora, il defunto che abbia lasciati eredi di riserva non ha potuto legalmente gravare la sua eredità con disposizioni a titolo gratuito, se non fino alla concorrenza della quota disponibile. I riservatarii la cui riserva trovisi lesa debbonsi, ne' loro rapporti co' dona-

lare le forze dell'eredità.

Quando uno o più figli o discendenti, eredi di riserva, rinunziino alla successione, o ne' sieno esclusi per causa d' indegnità e siano diseredati, salvo il caso che abbiano figli, le loro porzioni della riserva si accrescono ai loro coeredi. Non per tanto, allorchè la rinunzia proceda da un riservatario che si trovi ad un tempo stesso donatario o legatario a titolo di anticipazione di eredità, l' accrescimento non può autorizzare i riservatarii accettanti, nè ad istituire contro il rinunziante un'azione di riduzione, per effetto della quale la liberalità che gli sia stata fatta venisse ridotta al di sotto della sua porzione della riserva, nè ad imputare sulla quota disponibile, in pregiudizio di altri donatarii o legatarii, la disposizione fatta in pro del rinunziante, se non per l'eccedenza di tale disposizione sulla porzione di quest'ultimo nella riserva.

Il principio dell'accrescimento si applica ugualmente alla riserva degli ascendenti.

607. Della riduzione delle donazioni e dei legati che offendono la riserva.—Generalità.

Quando le disposizioni tra vivi o testamentarie fatte da una persona, la cui successione sia aperta, oltrepassino la quota di beni della quale ella era autorizzata a disporre a titolo gratuito, e così feriscano ovvero assorbiscano la riserva attribuita a' suoi eredi, costoro, per farle dichiarare inefficaci sino alla concorrenza dell'ammontare della riserva godono di un' azione che chiamasi *azione di riduzione* (1).

Per conoscersi se le disposizioni a titolo gratuito fatte dal defunto sieno eccessive, e di quanto esse oltrepassino la misura della quota disponibile, è mestieri, dopo di aver formata una massa di tutti i beni che debbono entrare in computo pel calcolo di questa quota, e dopo di aver determinato il valore pecuniario di tali beni, paragonare siffatto valore con quello delle liberalità tra vivi o testamentarie imputabili sulla quota disponibile.

608 Della verificazione del fatto se la quota disponibile sia stata o no oltrepassata. — 1. Della composizione della massa sulla quale si calcola la quota disponibile.

Questa massa si compone, in primo luogo, di tutti i beni mobili ed immobili lasciati dal defunto (2), poco importando che

tarii o co' legatarii del defunto, molto meno considerare come i rappresentanti di quest' ultimo che come dei terzi i quali esercitino un dritto che loro è proprio.

(1) Siffatta qualificazione può sembrare inesatta nel caso in cui l' azione abbia per risultamento il trarre secco la piena inefficacia della tale o tale altra disposizione; ma essa va giustificata dalla considerazione che il legislatore ha molto meno riguardata quest' azione come diretta specialmente ad impugnare la tale o tale altra disposizione, che come diretta contro il complesso delle liberalità fatte dal defunto, colto scopo di ricondurle alla misura della disponibile.

* (2) Vi hanno delle cose che ap-

essi formino o no l'oggetto di disposizioni testamentarie. Nondimeno, il valore di questi beni non entra in calcolo, se non che fatta

partengono al defunto e che non debbono, secondo noi, figurare nella massa dei beni esistenti.

* Queste sono, 1. le cose affette al momento istesso della morte, di un vizio che doveva distruggerle intieramente: quantunque perissero nelle mani dell' erede, ciò non pertanto essendo in quel momento senza vero valore, restano insusecttibili di stima (L. 11, § 4, *ff ad L. falc.)*. Tali come il bestiame morto di una malattia che lo avrebbe colpito all' apertura della successione; un privilegio venale, ma che non avrebbe molta durata per divenire l' oggetto di una vendita, un brevetto d' invenzione sul punto di spirare.

* Le cose che, avendo un valore venale, sono piuttosto per gli eredi dei monumenti di onore o di affezione anzichè dei beni propriamente detti, tali come i ritratti di famiglia, anche fatti dai più celebri artisti, la spada di un guerriero, le insegne di un ordine, le medaglie date in ricompensa di una bell'azione o per travagli industriali, ec.

* Noi non crediamo che si debbano fare entrare nella massa le opere letterarie che avrebbe composto il defunto e che sarebbero ancora inediti. Se la legge ha collocato fra' i' nostri beni la proprietà letteraria, è per effetto della pubblicazione. Finora questa proprietà ha qualche cosa d' intrinseco perchè i terzi vengano ad esercitarvi dei dritti; e gli eredi dello autore succedono ai suoi manoscritti più come parenti che come eredi. Essi hanno, similmente allo autore, il dritto di distruggere l' opera finita; essi sono i soli giudici dell' influenza che una pubblicazione postuma eserciterebbe, sulla memoria dello stesso.

* Anche quando prenderebbero il partito di pubblicare queste opere postume, sia a proprie spese, sia contrattando con uno editore, i donatari o legatari non avrebbero più il dritto di profittarne. Al momento della morte eravi in verità un' opera suscettibile di divenire proprietà letteraria; ma il dritto negoziabile di proprietà non esisteva ancora, perchè i creditori istessi del defunto non potevano costringere gli eredi a vendere l' opera per ottenere il loro pagamento; si è dunque per la volontà sola dell' erede, e per un fatto posteriore alla morte, che la proprietà puramente intellettuale del defunto prende, in persona degli eredi, il carattere di proprietà civile e commerciale; e ciò è tanto vero, quanto la durata della proprietà postuma si determina, non a cominciare dalla morte dell' autore, ma sulla durata della vita di colui, che l'ha pubblicato *(Dec. del 1.germ. anno* XIII).

* Queste opinioni, che noi produciamo in tesi generale, possono essere modificate da circostanze particolari; per esempio se l' autore lasciava compita, ma non stampata una opera con la quale egli avrebbe fatto un trattato con un librajo: non sarebbe allora la proprietà intellettuale che entrerebbe nella massa, ma il vantaggio pecuniario risultante dal contratto fatto dal defunto il quale entra senza difficoltà nel numero dei beni che egli ha lasciato alla sua morte.

* Ciò che noi abbiamo detto delle opere letterarie si applica, coi cangiamenti che nascono secondo la natura delle cose, ai segreti od operazioni particolari e sconosciuti nella pratica delle arti e mestieri che il defunto avrebbe lasciato al suo erede o consegnato in iscritto. Comunque preziosa fosse la scoverta, la conoscenza che ne ha acquistato

prima deduzione dei debiti del defunto e delle spese funebri (1). Se questi debiti assorbissero o eccedessero il valore dei beni lasciati dal defunto, la riserva si calcolerebbe esclusivamente sulla massa dei beni donati tra vivi (2).

Gli eredi di riserva possono op-

l' erede verbalmente o per iscritto privato dal defunto, non è che la continuazione o la trasmissione di una idea non pubblicata, e di conseguenza non costituisce allora un bene propriamente detto. Il valore di questo segreto non entrerà dunque nella massa, quando anche l'erede avrebbe creduto dover prendere un brevetto d' invenzione. Ma se il defunto avesse richiesto dall' autorità amministrativa la consegna di un brevetto, il valore estimativo sarebbe portato nella massa, anche se il ministro non avesse ancora accordato il certificato alla domanda fatta al momento della morte dell' inventore.

La stima deve esser fatta secondo il valore dei beni al giorno della morte, mentre è a quest' epoca che la riserba è attribuita allo erede *(art.* 837; *Pothier, Const. d'Orléans, introd. al tit.* 15, n. 84), e che tutte le perdite e tutte le diminuzioni sofferte dopo quest' epoca anche per caso fortuito, cadono sull' erede, come tutti gli aumenti vanno a suo vantaggio (L. 30, *in pp.* L. 73, ff *ad L. falc.; Lebrun, lib.* 2, *cap.* 3, *sez.* 5, n. 5, ed *anche* Espiard di Saulx, *Pothier, luogo citato; Merlin, Repert. parola Légitime sez.* 8, § 2, *art.* 2, *quist.* 2, n. 2, e n. 5). Essa deve essere basata sul vero prezzo *(ex veritate*, L. 42), cioè il prezzo comune nelle composizioni ordinarie sulle cose della stessa natura; e non su di un valore determinato nelle collazioni dei cittadini con l'autorità *(non formali pretio.* L. 62, § 1, *et ibi Duaren)* come le rendite sui ruoli delle contribuzioni; nè sull' affezione che l' erede ha per la cosa o sull' utilità che egli può averne *Nec ex affectionibus aut utilitate singulorum. arg.* ex L. 63); nè sul prezzo elevato che ne avrebbe dato un terzo a cui l' erede avrebbe venduto un effetto della successione *(nec ex stultitia emptoris*, L. 3), nè finalmente sulla stima che il defunto avrebbe fatto dei suoi beni anche per testamento (L. 15, § 8; *Donat. par.* 2, *lib.* 4, *tit.* 3, *sez.* 1, n. 11), perchè questo sarebbe un mezzo per lui di aumentare la porzione disponibile.

(1) Le spese funebri sono state sempre dedotte pel calcolo della legittima. *Pauli sent.*, lib. IV, tit. V, *de inofficiosi querela*, § 6. Consuetudine di Parigi, art. 298. La stessa regola deve essere osservata oggidì in quanto concerne il calcolo della riserva; perciocchè le spese funebri, fatte nell' interesse del defunto stesso, vanno evidentemente comprese sotto la parola *debiti* di cui si serve l' art. 839. Toullier, V, 144. Grenier, II, 612. Duranton, VIII, 344. Quest'ultimo autore opina che debbansi egualmente dedurre dalla massa de' beni lasciati dal defunto le spese di suggillazione, d' inventario, ed altre analoghe. Ma noi non sapremmo essere a parte di questa opinione. Tali spese, fatte nel solo interesse degli eredi, de' legatarii e de' creditori, costituiscono unicamente pesi della successione, e non possono sotto alcun rapporto essere considerate come debiti del defunto.

(2) Questa proposizione è contraria alla lettera della disposizione finale dell' art. 839 secondo la quale la deduzione de' debiti dovrebbesi, in tutti i casi, fare dalla massa totale, composta tanto de' beni esistenti nel tempo della morte del defunto quanto di quelli di cui egli abbia disposto tra vivi. Ma siffatta com-

porsi onde i crediti, la cui esazione sia dubbia; non vengano compresi nella massa, eccetto se i donatarii o i legatarii dessero loro cauzione per l'ammontare di questi crediti (1). Se gli eredi

pilazione non esprime esattamente il pensiero del legislatore. Se, nel caso in cui il valore de' beni lasciati dal defunto sorpassi l' ammontare de' debiti, è cosa indifferente il dedurre questi ultimi prima o dopo della riunione de' beni donati tra vivi alla massa; non è lo stesso nell' ipotesi in cui il valore de' beni esistenti nel tempo della morte sia inferiore all'ammontare de' debiti. In questa ipotesi, il modo di deduzione de' debiti, tal quale è indicato dalla legge, non è più praticabile. Supponiamo in effetti che una persona, avendo tre figliuoli, abbia disposto, con atto tra vivi, di beni aventi il valore di 20,000 fr. e lasci nella sua eredità un attivo di 30,000 fr. soltanto, ed un passivo di 40,000 fr. La massa totale de' beni rimasti dal defunto riuniti a quelli di cui egli ha disposto tra vivi, sarà di 50,000 fr. Deducendo da tale somma i 40,000 fr. di debiti, rimarrebbero solamente 10,000 fr.; il che darebbe, pe' tre quarti formanti la riserva dei tre figliuoli, 7,500 fr. e pel quarto disponibile, 2,500 fr. Or questo risultamento è evidentemente falso; perchè i donataril non possono in alcun caso essere autorizzati a ritenere al di là della disponibile; e se essi fossero obbligati a restituire, su' 20,000 fr. da loro ricevuti, solamente 7.500, fr, riterrebbero col fatto 12,500 fr., vale a dire, molto più della quota disponibile, quale si troverebbe fissata giusta questo modo di computazione. L'inesattezza che presenta la compilazione del 3. al. dell' art. 839 proviene senza dubbio dal non avere i compilatori del Codice civile avuto in vista se non che il caso in cui l' attivo del defunto sorpassi il suo passivo: caso che si presenta il più frequentemente. Delvincourt, II, 239. Grenier, II, 612. Toullier, V, 144. Duranton, VIII, 343. Metz, 13 luglio 1833, Sir. XXXV, 2, 317.* Aggiungi: Merlin *Rep.*, v. Riserva; Dalloz V, 448. Lescot n. 469; Levasseur n. 69 e seg., Troplong n. 946; Coin-Delisle n. 37.

(1) Duranton, VIII, 332.

* Giusta l' art. 666 C. Nap., l' ascendente che ha donato un bene a uno de' suoi discendenti, può riprendere questo bene allorchè il discendente è morto senza posterità e la cosa si ritrova in natura; che se sia stata alienata, l' ascendente raccoglie il prezzo che possa essere dovuto o l' azione di ripresa.

* Si domanda se la cosa così colpita di un diritto di ritorno debba essere compresa nella massa della successione del figlio premorto, ovvero se non rimonti verso la sua sorgente, senza punto confondersi nella successione.

* Voglionsi distinguere due casi:

* O l' ascendente donante non è riservatario, ed allora la cosa donata si distacca dalla massa, e la riserva si calcola su gli altri beni, non compreso quello.

* Ovvero egli è riservatario ed allora gli autori si dividono sulla nostra quistione. Per far meglio comprendere, poniamo un' ipotesi.

* Pietro muore, lasciando 100,000 franchi.

* Lascia il padre e la madre; il padre gli ha donati 50,000 fr. Come si procederà per formar la riserva? Comincerà il padre dal prelevare i 50,000 fr., da lui donati, e poi verrà a prendere la sua riserva su i 50,000 fr. residuali?

* Ovvero converrà fare una confusione di tutti i beni, senza por mente all' origine, e calcolare la sua riserva su questa massa che nella

giugnessero a ricuperare, nella totalità ovvero in parte, crediti messi fuori della massa come dubbii, sarebbero tenuti di bonificare a' donatarii o legatarii colpiti dalla riduzione le somme che eglino avessero in tal guisa esatte: e ciò nella proporzione della riserva relativamente alla quota disponibile.

I debiti di cui gli stessi eredi di riserva sieno debitori verso la successione, ed i crediti che eglino possano avere contro il defunto, entrano nell' attivo o nel passivo della massa anche quando costoro abbiano accettata la successione puramente e semplicemente (1).

La massa si compone, in secondo luogo, di tutti i beni mobili ed immobili, corporali o incorporali, di cui il defunto abbia disposto per donazioni tra vivi. A quest'effetto, si riuniscono fittiziamente tutti beni a quelli che il defunto abbia lasciati, come se non avessero giammai cessato di far parte del suo patrimonio.

Non vi è a fare in quanto a ciò alcuna distinzione nè tra le liberalità fatte ad estranei, e quelle che fossero state fatte ad eredi, sia a titolo di anticipazione di eredità, sia a titolo di precapienza, nè tra le donazioni manifeste, e le donazioni mascherate sotto l'apparenza di contratti onerosi, nè finalmente tra le donazioni fatte nella forma ordinaria, ed i doni manuali, ovvero le donazioni fatte, sia per contratto di matrimonio, sia per divisione eseguita da un ascendente, sia

specie sarebbe di 100,000 fr.?

* Il primo partito è il solo adottabile. E di fermo, il padre succede nell' oggetto donato per una chiamata tutta speciale e personale e ad esclusione di ogni altro; non è già una successione ordinaria, è una successione anomala; il padre riprende la cosa per una riversione che non ha nulla di comune col titolo in virtù del quale si costituisce poi erede. Non deve egli dunque imputare ciò che così ritira sulla sua parte nella successione del figlio; altrimenti accaderebbe ch' ei sarebbe soddisfatto della sua riserva in questa successione, mediante una cosa che gli appartiene in virtù di un dritto particolare distinto.

(1) *Idem ibid.* 333. Non si può in simil caso argomentare dalla confusione avvenuta a cagione dell'accettazione pura e semplice dell' eredità, per sostenere che i debiti o crediti, dovuti agli eredi o dagli eredi, non debbano entrare nella composizione della massa. In effetti, questa operazione non ha altro scopo che quello di riunire tutti gli elementi del patrimonio del defunto, per conoscere la quota de' beni di cui egli abbia potuto disporre; ed è cosa del tutto indifferente, sotto questo rapporto, che o i debiti sieno dovuti da estranei e ad estranei, ovvero che lo sieno da eredi. Il patrimonio del defunto non è nè più considerevole nè meno considerevole nell' una di queste ipotesi che nell' altra. D'altronde, dal sistema contrario risulterebbe che la riserva varierebbe, secondochè gli eredi creditori o debitori del defunto accettassero la successione di lui puramente e semplicemente, o col benefizio dell' inventario: il che è affatto inammessibile.

per mezzo di atti della natura di quelli di cui parla l'art. 1075 (1).

La remissione di debito deve sotto il rapporto di cui qui si tratta, essere assimilata ad una vera donazione.

Quanto ai vantaggi risultanti, sia ad un successibile, sia ad uno estraneo, dalla rinunzia che il defunto abbia fatta ad una successione o ad un legato, essi non entrano nella composizione della massa, se non in quanto sieno o soggetti a collazione o imputabili sulla quota disponibile (2).

Per giudicare se un contratto in apparenza oneroso, passato tra il defunto ed uno dei suoi successibili, racchiuda una liberalità che debba entrare nella composizione della massa, bisogna applicare, per analogia, i principii relativi alle collazioni. Ma questi principii non sono indistintamente adattabili alle convenzioni passate tra il defunto e gli estranei. Così, per esempio, non si può estendere alle società fatte con estranei la disposizione dell'art. 773, per conchiuderne che gli utili i quali esse abbiano potuto loro dare si debbano considerare come liberalità doventi entrare nella composizione della massa, sol perchè le condizioni di questa società non siano state regolate con un atto autentico.

I beni corporali o incorporali ceduti dal defunto ad uno dei suoi successibili in linea retta (3), sia col peso di una rendita vitalizia, sia con riserva di usufrutto, debbono essere fittiziamente riuniti alla massa pel loro valore in piena proprietà, e senza veruna deduzione a cagione della riserva di usufrutto, o delle prestazioni annue imposte all'acquirente (4). Sarebbe nondimeno diversamente riguardo a coloro tra

(1) Di fatti, la generalità delle espressioni dell' art. 839 respinge ogni distinzione che si volesse fare a tal riguardo. Confr. Ric. rig., 13 dicembre 1843, Sir., XLIV, 2, 225.

(2) Se i vantaggi di questa natura sono, in alcuni casi, soggetti alla collazione, o imputabili sulla disponibile, ciò avviene perchè essi presentano il carattere di vere liberalità. Venendo a mancare questo carattere, non v'è più luogo a farli entrare nella composizione della massa, nella stessa guisa onde non può esservi quistione di soggettarli alla collazione o d'imputarli sulla disponibile.

(3) Se la cessazione avesse avuto luogo a vantaggio di persone diverse da' successibili in linea retta, i beni ceduti non dovrebbero essere fittiziamente riuniti alla massa, se non in quanto la cessione si avesse a considerare, secondo le circostanze del fatto, come contenente una donazione mascherata. Toullier, V, 134. Brusselles, 30 maggio 1812, Sir., XIII, 2, 46.

*(4) *Dir. Rom.* Finchè il figlio esisteva sotto la podestà del padre, venivano ambidue riputati negli affari privati per una sola persona *l. ult. Cod. de impub. et aliis subst.*, quindi fra di loro non potevano far alcun contratto, nè vi poteva essere alcuna azione nè alcuna obbligazione *l. 4, l. 11 ff de judiciis, l. 7, ff de oblig. et act.*, *§ 6 instit. de inut. stipul.*, *l. 13 in fin. Cod. de transact.* Allorchè poi il figlio era emancipato poteva contrattare col padre al pari di un estraneo, e perciò tutto quello

gli eredi che avessero consentito a simili cessioni, le avessero approvate. Art. 834.

I mobili o gl' immobili donati tra vivi dal defunto, ma che siano periti senza che la perdita ne possa essere imputata a colpa dei donatarii o dei terzi possessori, non entrano punto nella composizione della massa (1). Per lo

che poteva acquistare dal medesimo per mezzo di contratto oneroso non veniva considerato come parte del patrimonio paterno, nè le leggi giugnevano a tanto da presumere i contratti fra padre e figlio fatti per frandare gli altri figli; anzi supponevano costantemente che il padre fusse sempre intento al ben essere dei figli *l. 7 § 9 ff de min., l. ult. Cod. de bon. quae liber.* Ciò nondimeno se sotto l'apparenza di un contratto oneroso si fosse tenuta celata una qualche donazione a favore di un figlio in frode degli altri figli, siccome si doveva piuttosto riguardare la sustanza dei contratti anzi che la loro apparenza, e denominazione *tit. Cod. plus valere quod agitur quam quod. simulate concipitur*, *l. 5 Cod. de legib.*, *l. 21 Cod. de transact.*, *l. 5 4 ff de oblig. et act.*, così non v'ha dubbio alcuno che il figlio non avesse duvuto imputare nella sua legittima tutto quello che avesse avuto gratuitamente dal padre sotto la vana apparenza di un contratto oneroso. *l. ultim. ff si quis in fraud. patron.*, *l. 30 Cod. de inoff. testam.*; che se i legittimarii avessero acconsentito ad un tale simulato contratto, rinunciando al diritto di succedere nelle cose dedotte in contrattazione, comunque alcuni siano stati di avviso che una tale rinuncia poteva sostenersi, tuttavolta io sono di sentimento che non sarebbe stata di alcun valore, perchè si sarebbe con ciò potuto con tutta facilità far frode alle leggi, le quali altamente proibivano di rinunciare ai beni ed alle eredità dei viventi *l. ult. Cod. de pact.*, *l. 3 Cod. de collat.*, *l. ult. ff de suis et legit.*

(1) Indarno vorrebbesi, per istabilire riguardo a ciò una distinzione tra i mobili e gl'immobili, trarre ragione dalle disposizioni combinate degli art. 774 e 787 relativi alla collazione. La posizione del donatario soggetto a riduzione è del tutto differente da quella del successibile sottoposto a collazione. Quest' ultimo contrae necessariamente, e col fatto stesso dell' accettazione della donazione fattagli per anticipata successione, un obbligo di porre in collazione; per regolare il quale la legge ha potuto, secondo l' intenzione presunta delle parti, mettere a peso del donatario di cose mobili per anticipata successione, i rischi ed i pericoli di queste cose. Per contro, il donatario il cui titolo è suscettivo di essere rivocato per effetto di un' azione di riduzione, non soggiace all'obbligo di restituire le cose che abbia ricevute, se non a partire dalla rivocazione del suo titolo, e nella sola ipotesi in cui la liberalità fatta a suo vantaggio ecceda la quota disponibile. Or, siccome questa ipotesi non ha dovuto entrare nella preveggenza delle parti, così non vi sarebbe alcun motivo di mettere a peso del donatario i rischi ed i pericoli delle cose mobili comprese nella donazione. Di fatti, l'art. 839 dice in un modo generale: « Vi si riuniscono fittiziamente quelli, dei quali è stato disposto a titolo di donazione tra vivi, secondo il loro stato all' epoca della donazione, *ed il loro valore al tempo della morte del donante* » senza fare tra i mobili e gl' immobili una distinzione analoga a quella che trovasi fatta, in materia di

contrario, le somme di denaro donate dal defunto vi entrano, anche quando i donatarii fossero divenuti insolvibili, e le donazioni di cui esse formino l'oggetto dovessero, secondo le loro date, subire la riduzione (1).

Le regole che abbiamo ora esposte sono soggette ad alcune modificazioni allorchè trattisi della riserva degli ascendenti, e il defunto abbia lasciato un ascendente che gli aveva fatta una donazione.

608 bis. Continuazione. — 2. Dell'estimazione dei beni compresi nella massa.

L'estimazione dei beni lasciati dal defunto si fa secondo il loro stato ed il loro valore, nel momento della morte di lui. Quella dei beni di cui egli aveva disposto tra vivi si fa egualmente secondo il loro valore, nel momen-

collazione, dagli art. 774 e 787. Da ciò risulta che se le cose donate sieno perite per caso fortuito, e il donatario si trovi in tal guisa discaricato dall' obbligo di presentarle in ispecie, o di bonificarne il valsente a titolo di danni ed interessi, non vi ha più alcun valore da riunire alla massa.

(1) Lebrun, *delle Successioni*, lib. II, cap. III, sez. VIII, n. 25. Toullier, V, 437. Grenier. II, 632. Vedi in senso contrario: Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. III, art. 5, § 5; Maleville, sull'art. 847; Levasseur, Favard, *Rep.*, v. Porzione disponibile. sez. II, § 11; Delvincourt, II, 244. Confr. Duranton, VIII. 339; L'opinione che abbiamo adottata va giustificata dalle parole stesse dell'art. 839, la cui generalità deve far escludere la specie di temperamento di equità ammesso da questi ultimi autori. Essa è d'altronde conforme al principio, che bisogna, per la composizione della massa, procedere come se i beni donati tra vivi non avessero cessato d' essere di proprietà del donatario. L'ipotesi di cui qui si tratta è essenzialmente diversa da quella in cui la donazione avesse avuto per oggetto un corpo determinato o un credito che fosse perito senza colpa del donatario. Se, in quest'ultima ipotesi, la cosa donata non deve entrare nella composizione della massa, ciò avviene appunto in virtù del principio che noi abbiamo rammentato, e perchè la perdita di questa cosa distrugge ogni principio di azione contro il donatario. Ma, allorchè la donazione abbia per oggetto una somma di denaro, bisogna applicarvi la regola: *Genus numquam perit*. Quantunque l'insolvibilità del donatario produca il risultamento di rendere inefficace l'azione di riduzione alla quale egli trovasi sottoposto, siffatta circostanza non distrugge però il principio di tale azione, la quale potrebbe ancora in seguito divenire utile, nel caso in cui il donatario pervenisse a miglior fortuna, ed essere esercitata contro di lui da donatarii posteriori che avessero, in suo luogo e vece, subiti gli effetti della riduzione. Faremo in fine osservare, che se il donatario di una somma di danaro fosse divenuto insolvibile sol posteriormente alla morte del donante, ma prima dell'esercizio dell' azione di riduzione, non si potrebbe fare a meno di comprendere nella massa la somma donatagli; perciocchè questa massa si compone sempre secondo lo stato delle cose nel tempo della morte del donante; e non saprebbesi comprendere per quale ragione sarebbe altrimenti nel caso in cui l'insolvibilità del donatario fosse sopraggiunta prima della morte del donante ridetto.

to della sua morte, ma avuto riguardo al loro stato nell' epoca delle donazioni. Art. 839. Così, nella estimazione dei beni donati *tra* vivi, si fa astrazione de' miglioramenti e dei deterioramenti provegnenti dal fatto dei donatarii o dei terzi possessori (1). Ma prendesi in considerazione l'aumento di valore o la depreziazione che questi beni avessero forse ricevuto o subita per circostanze meramente fortuite (2).

Il modo di estimazione prescritto dall'art. 839. in quanto a' beni donati tra vivi, si applica tanto ai mobili quanto agli immobili (3).

(1) Dovrebbesi fare astrazione dei deterioramenti commessi dal donatario, nel caso ancora in cui egli fosse insolvibile, ed in cui la sua donazione fosse soggetta a riduzione. La nostra opinione su di questo punto va giustificata da motivi analoghi a quelli che sono stati addotti nella nota del § precedente. Duranton (VIII, 339) insegna per contrario, che in simil caso le cose donate non entrino in computo se non pel valore che esse avevano nel tempo della morte del donante, senza aver riguardo al loro stato nel momento della donazione.

(2) In una parola, si procede come se i beni donati non avessero cessato d'essere di proprietà del donante. Levasseur, p. 66; Toullier, V, 138. Grenier, II, 638. Duranton, VIII, 335.

* (3) Coin-Delisle, art. 839, n.31 e seg. dà, sul tempo della valutazione dei mobili, spiegazioni così soddisfacenti che la vincono, e non di poco, su quelle di Troplong. È pregio dell'opera riassumere i punti cardinali della discussione.

* Si è osservato, egli dice, spesse fiate, anche a riguardo degl'immobili, che noi siamo stati forzati di allontanarci dal testo dell' artic. 839. per rispettare il sistema generale che stabilisce la porzione disponibile e la riserva su i beni lasciati alla morte, art. 828 ed 831, compresivi i beni donati, art. 837; e tuttavia la maggior parte delle nostre deduzioni sono riconosciute implicitamente in termini espressi dai giureconsulti che riguardano il testo del nostro articolo come inflessibile (Toullier e Poujol). La necessità di allontanarci così dal testo, per non ferire l'equità, è una prova certa, che lo art. 839, non è, come noi l'abbiamo detto n. 24, se non se una legge incompleta di procedura. Facciamo frattanto l'applicazione ai beni mobili della sua doppia regola di valutazione.

*Tre opinioni esistono intorno a questo soggetto: la prima, che i beni mobili donati entrano sempre nella massa secondo il loro valore *all'epoca della donazione* (Grenier, n. 637; Duranton, n. 342); la seconda che i mobili di ogni sorta debbono essere valutati secondo il valore al tempo della morte (Delaporte, *Pand. franc.* sull' art.; Toullier, n. 139; Poujol, n. 6 sull' art. 839); finalmente, l'ultima che ci sembra vera, si è che per la valutazione dei mobili non fungibili, bisogna considerare il valore al tempo della morte, e che al contrario per le cose fungibili, è il tempo della donazione che bisogna prendere per regola (Delvincourt, t. 2, nota 6, in fine sulla p. 67).

* La prima opinione, quantunque sostenuta dall' ingegno di Grenier e Duranton, deve essere abbandonata. La parola beni comprende i mobili come gl' immobili (art. 439); al consiglio di Stato, si è agitata una discussione per introdurre una valutazione di mobili secondo il valore

Allorchè gli eredi di riserva pretendano che una donazione ovvero un legato avente per oggetto, sia una rendita vitalizia, sia

all'epoca della donazione; la distinzione vi è stata rigettata, seduta del 12 ventoso anno XII; l'analogia che si vuol trarre dagli art. 787 e 872 del Codice civile è ingannatrice, perchè questi articoli hanno ciascuno la loro applicazione secondo i differenti casi, e alle diverse specie ben distinte dell'articolo che ci occupa: se si può accusare l'art. 839 d'ingiustizia, si è solamente nella sua applicazione alle cose fungibili. Noi dimostreremo in un istante che la ragione e i principii del dritto la respingono.

* Bisogna dunque dire in generale col testo e con Toullier, che i mobili saranno valutati secondo lo stato all'epoca della donazione ed il valore al tempo della morte.

* Per i mobili corporali non fungibili: perchè se il valore ne è diminuito per lo capriccio della moda e per lo deterioramento risultante dal semplice uso, sarebbe stato ugualmente diminuito nelle mani del donante. Si è dunque di questo valore al tempo della morte che la donazione ha pregiudicato la successione: sarebbe perciò ingiusto di fare entrare nella massa una somma uguale al valore al giorno della donazione: ciò sarebbe aumentare la successione oltre misura, e formare, in detrimento dei donatarii, una riserva assai forte.

* Decidevasi altrimenti sotto l'antico dritto: si considerava che la donazione degli effetti mobiliari non dava che una azione personale contro il donatario in caso di eccesso; e di conseguenza si portava alla massa il valore dall'epoca della donazione (Pothier, n. 589). Ma questa opinione non era senza contraddittori, anche in materia di collazione. Duplessis (*Trattato delle successioni*, lib. 1, cap. 4, p. 214) prendea in considerazione il valore dal giorno della morte, quando trattavasi di gioie o altri mobili preziosi. Questo è l'avviso di Duplessis che il Codice civile ha qui preferito, estendendolo a tutti i mobili.

** 2. Per i mobili incorporali, è giusto valutarli secondo il loro valore all'epoca della morte, quando non è sopravvenuta alcuna perdita per fatto del donatario. Se le rendite e le azioni nelle compagnie di finanza e d'industria hanno aumentato o diminuito di valore, la successione sarà aumentata o diminuita di altrettanto. La Corte di cassazione l'ha così giudicato in riguardo alle rendite sugli antichi Stati della Linguadoca (Cass. 14 dicembre 1810). Era questa la dottrina di Pothier (*Contrat. di matrimonio*, n. 582) sulle rendite costituite.

* Frattanto la doppia regola dell'artic. 889 non è punto applicabile alle cose fungibili, almeno nei casi ordinarii: la valutazione al giorno della donazione è la sola equa.

* Per la loro natura o per la loro destinazione non debbono esse restare lungo tempo nelle mani di colui che le possiede; mentre non vi si trovano che per essere consumate o cambiate in un breve termine.

* Da ciò ne seguita che se il donante non ne avesse fatto l'oggetto di una liberalità, non sarebbero restate fra le sue mani: egli le avrebbe o consumate o vendute; in uno di questi casi avrebbero risparmiato la somma di danaro necessaria per procurarsi una simile quantità di cose della stessa natura, nell'altro, ne avrebbe ottenuto una somma di danaro secondo il loro corso. Colla donazione, il donante non ha dunque potuto pregiudicare la sua successione per queste cose che non

un dritto di usufrutto, di uso o di abitazione, ecceda la quota disponibile, essi non sono nè obbligati nè autorizzati a provocare l'estimazione della rendita o del dritto di usufrutto, di uso, o di abitazione. Essi hanno, in simil caso, la scelta, e non altro che la scelta o di eseguire la disposizione tale quale, o di fare al donatario o al legatario l'abbandono in piena proprietà della quota disponibile (1). Art. 833 (2). Se, in circostanze o sotto rapporti in cui l'art. 833 cesserebbe di essere adattabile, divenisse ne-

dovevano ritrovarvisi, ma solamente per la somma rappresentativa il loro valore al giorno della donazione, epoca nella quale egli le ha messo fuori del suo patrimonio. È dunque il valore al giorno della donazione che deve entrare fittiziamente nella massa: altrimenti le cose fungibili, collocate nel corso dell'apertura della successione, aumenterebbero la massa con detrimento degli ultimi donatarii, se il prezzo ne fosse aumentato; la diminuirebbero a pregiudizio degli eredi, se il prezzo ne fosse considerevolmente diminuito; se la donazione fosse colpita dalla riduzione, e che il donatario avesse ricevuto in un tempo di abbondanza ciò che gli si richiederebbe in un tempo di strettezza, sarebbe dunque tenuto di restituire due o tre volte altrettanto di quello che egli avrebbe profittato. Bisogna dunque far cedere qui la lettera della legge al suo spirito generale ed alla equità.

* Levasseur (n. 82) su di questa eccezione ha dato al testo una ragione di dritto che non è da trascurarsi. L'azione in riduzione delle donazioni è reale di sua natura; si comprende che possi intentarla sia per gli immobili, sia per i mobili, incorporali o corporali che, avendo una esistenza individuale, sono suscettibili di rivendicazione; in riguardo alle cose fungibili che consistono ordinariamente in genere, siccome si trovano intieramente consumate al momento della morte, e che sono state donate per essere consumate, ogni rivendicazione anche fittizia diviene impossibile; l'azione reale si converte in una azione puramente personale per la restituzione, non della cosa donata, ma del valore di cui si era spogliato il donante, cioè del valore al momento della donazione.

(1) L'esercizio di questa scelta è interamente abbandonato al libero arbitrio degli eredi, i quali non sono obbligati di giustificare precedentemente che la disposizione eccede la quota disponibile. L'art. 833, ove fosse inteso in un altro senso, non raggiungerebbe lo scopo che il legislatore ha voluto conseguire. Grenier, II, 638. Toullier, V, 141 e 142. Duranton, VIII, 435. Vedi però in senso contrario: *Rapporto fatto al tribunato* da Jaubert, Locre, *Legisl.*, t. XI, n. 30. Levasseur, 75. Quando esistano più eredi di riserva, la scelta di che trattasi si appartiene a ciascun di loro individualmente. Il donatario o il legatario non potrebbe pretendere che mancando gli eredi mettersi d'accordo sull'abbandono della quota disponibile, la disposizione dovesse essere eseguita secondo la sua forma e tenore. Toullier, V, 143. Grenier, II, 638 *in fine*. Nondimeno, Duranton (VIII, 346) insegna il contrario, per analogia degli art. 1316 e 1531. *Sed non est par ratio.*

(2) Confr. sull' art. 833 in generale: Proudhon *dell' Usufrutto*, I, 337 e seg., Duranton, XVIII, 125 e seg.

cessario di valutare una rendita vitalizia o un usufrutto (1), la estimazione ne dovrebbe essere fatta avuto riguardo all'età ed allo stato di salute dell'usufruttuario o della persona sul capo della quale la rendita fosse stata costituita (2).

608 ter. Continuazione. — 3. Delle liberalità che s'imputano sulla quota disponibile.

Dicesi che una liberalità s'imputa sulla quota disponibile allorchè il defunto che l'abbia fatta dev'essere considerato come avesse, fino alla concorrenza del valore di questa liberalità, usato del suo diritto di disporre. Per determinare quali sieno le liberalità che s'imputino o no sulla quota disponibile, convien distinguere tra le disposizioni dirette e non mascherate, i vantaggi indiretti fatti senza maschera, e le donazioni mascherate.

1. Tutte le disposizioni tra vivi o testamentarie, fatte direttamente e senza maschera dal defunto, sia ad estranei, sia ad uno dei suoi successibili con dispensa dalla collazione, s'imputano sulla quota disponibile, per la totalità del loro valore, quando esse sieno pure e semplici, e fino alla concorrenza delle liberalità reali che esse contengano, quando sieno onerose o rimuneratorie. Nondimeno, allorchè trattisi di una alienazione di beni corporali o incorporali (3), fatta dal defunto ad uno dei suoi successibili in linea retta, sia a fondo perduto (4),

(1) Il che avrebbe luogo, per esempio, nel caso in cui il defunto avendo fatto ad un tempo stesso un legato di usufrutto o di rendita vitalizia, ed altri legati di piena proprietà, gli eredi di riserva pretendessero che tutti i legati riuniti eccedessero la quota disponibile; e nel caso in cui il defunto, avendo successivamente fatta donazione a due persone diverse di dritti d'usufrutto o di rendite vitalizie, gli eredi di riserva sostenessero che la riduzione dovesse versare non solo sulla seconda donazione, ma altresì sulla prima. Confr. Delvincourt, sull'art. 833; Duranton, VIII, 347.

(2) Confr. L. 68, D. *ad Leg. falcid.* (35, 2) La disposizione della legge del 22 frimale anno VII, che stima l'usufrutto per la metà del valore della piena proprietà de'beni su'quali esso versi, è stabilita solamente per fissare la percezione de' dritti di registratura, e non può essere applicata come faciente legge in materia civile. Toullier, V, 142. Duranton, IV, 632, nella nota.

(3) Duranton, VII, 332. Ric. rig., 7 agosto 1833, Sir., XXXIII, 1, 699.

(4) Intendonsi per alienazioni a fondo perduto, le vendite fatte mediante prestazioni annue che si debbono estinguere colla vita del venditore. In simil caso, dicesi che il fondo è perduto non perchè la proprietà della cosa alienata esce irrevocabilmente dalle mani del venditore; il che ha luogo in ogni specie di alienazione non sottoposta ad una condizione risolutiva; ma perchè i suoi eredi non ritroveranno il prezzo o l'equivalente di questa cosa nell'eredità del loro autore, il quale si suppone che debba consumare, a misura della loro scadenza, le prestazioni stipulate a vantaggio di lui. Da ciò risulta che non si può riguardare come un'alienazione a fondo perduto quella che abbia avuto luogo mercè una rendita perpetua; poichè la cosa alienata verrà rappresentata

o col peso di una rendita vitalizia (1), sia con riserva di usufrutto: alienazione che la legge considera, in virtù della medesima sua natura, come costituente una donazione (2), ed una donazione dispensata dalla collazione; il valore in piena proprietà dei beni alienati dev'essere imputato sulla quota disponibile, senza alcuna deduzione a cagione della riserva di usufrutto o delle annue prestazioni imposte all'acquirente. Così avverrebbe, anche quando quest'acquirente avesse realmente pagate al defunto delle annue prestazioni eccedenti le rendite dei beni a lui abbandonati (3), o quando, indipendentemente dalla riserva di usufrutto o da queste annue prestazioni, egli fosse stato gravato di pagare una somma capitale, sia allo ascendente medesimo, sia per soddisfare qualche suo debito, salvo soltanto a lui il diritto di farsi bonificare la somma capitale che egli giustificasse di avere così pagata (4). Gli eredi di riserva (5), i quali abbiano consentito alle alienazioni di cui si è parlato, sono per questa stessa ragione inammessibili a dimandare l'imputazione del valore dei beni a-

da questa rendita nell' eredità dell' antico proprietario. L'opinione contraria, insegnata da Duranton (VII, 334 e 335) è in opposizione col senso volgare dell' espressione *fondo perduto*, e coll' idea che vi si è sempre annessa nel linguaggio del dritto.

(1) Parlando cumulativamente di alienazione a fondo perduto, « e col peso di una rendita vitalizia », il legislatore ha voluto più specialmente indicare, con queste ultime espressioni, le alienazioni fatte sotto forma di donazione. Il che è indicato ben chiaramente dall'art. 26 della legge del 17 nevoso anno II, da cui è stato desunto l' art. 834 del Codice civile.

(2) La presunzione che la legge stabilisce sotto questo rapporto non può essere combattuta dalla pruova contraria.

(3) *Discussione presso il consiglio di Stato*, e *Rapporto fatto al tribunato* da Jaubert, Locré *Legisl.* t. XI, n. 12 e 37. Toullier, V, 163, Delvincourt, II, 225. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, V, n. 40. Vedi in senso contrario: Duranton, VII, c 37. La proposizione enunciata nel testo può, a primo aspetto, sembrare rigorosa, ma essa è giustificata dalla considerazione, che il successibile acquirente trova nella dispensa dalla collazione; dispensa che è di pieno dritto annessa alle alienazioni di cui si tratta; un compenso delle annue prestazioni che egli abbia forse soddisfatte.

(4) Civ. cass., 23 novembre 1839, Sir., XL., 1, 33.

(5) L' inserzione, nella fine dell' art. 834, delle parole « nè in verun caso da' successibili in linea collaterale », era inutile; perchè non trattasi in quest' articolo di una quistione di collazione propriamente detta, ma bensì di una quistione di riduzione; ed i collaterali, non avendo dritto a riserva, non possono aver giammai dritto a dimandare riduzione gli uni contro gli altri. Conf. sull' idea colla quale quest' aggiunzione è stata fatta: *Osservazioni del tribunato*, e *Rapporto fatto al tribunato* da Jaubert (Locré, *Legisl.* t. XI, n. 16, e 37; § 627, testo e nota 9, § 631, testo e nota 12.

lienati nella quota disponibile (1). Art. 834.

Le disposizioni tra vivi o testamentarie, fatte per anticipazione di eredità ad uno dei successibili, s' imputano nella riserva e non già nella quota disponibile, allorchè esse non eccedano la porzione del successibile donatario o legatario sulla riserva (2). Lo

(1) La presunzione di liberalità, sulla quale sono fondate le disposizioni dell' art. 834, comparisce in conseguenza del concorso agli atti indicati in questo articolo, delle persone il cui diritto di riserva avrebbe potuto essere offeso con simili atti. Il consenso dato da tutti i successibili esistenti nel tempo dell' alienazione, non toglierebbe a coloro, che nascessero posteriormente, il dritto di prevalersi delle disposizioni dell' art. 834. Delvincourt, Vazeille, sull' art. 834, n. 3. Poitiers, 23 marzo 1839, Sir., XXXIX, 2, 295. Civ. cass. 25 novembre 1839, Sir., XLI, 1, 33. Vedi in senso contrario. Toullier, V, 132; Grenier, II, 642.

(2) Questa proposizione non può incontrare serie difficoltà nell' ipotesi in cui il successibile, donatario o legatario per anticipata successione, accetti l' eredità. In effetti, le anticipazioni di eredità non sono che consegne anticipate sulle porzioni che i successibili, donatari o legatari debbono raccogliere nella successione. Confr. sezioni riunite, rig., 8 luglio 1826, Sir., XXVI, 1, 313. Adunque, il successibile che abbia ricevuto un' anticipazione di eredità deve, tanto giusta la natura della disposizione, quanto giusta l' intenzione del disponente, imputarla sulla riserva, la quale non è altra cosa che la successione ristretta ad una determinata quota di beni. Questi principi, che non sono stati messi giammai in contestazione nell' antico dritto, relativamente alla legittima, debbono, a maggior ragione, essere applicati in materia di riserva; e tanto meno può supporsi che i compilatori del Codice abbiano voluto allontanarsene, in quantochè il sistema contrario menerebbe ad inconvenienti gravissimi. Se i successibili donatari o legatari a titolo di anticipata successione potessero rifiutarsi d' imputare sulle loro porzioni della riserva l' ammontare delle disposizioni fatte a loro vantaggio, ne risulterebbe che un padre, il quale avesse dotati, tuttochè molto moderatamente, i suoi figliuoli, si troverebbe, contro la sua intenzione ben evidente, privo, parzialmente o anche in un modo assoluto, della facoltà di disporre ulteriormente, sia con precapienza a favore di uno di essi, sia a favore di un estraneo. Or questo risultamento sarebbe contrario all' interesse pubblico; perchè, o i padri si deciderebbero più difficilmente a dotare i loro figliuoli in un modo convenevole, ovvero, facendolo, si priverebbero di uno dei mezzi più efficaci per ritenere questi ultimi nel rispetto e nella sottomissione. In vano si è obbiettato che i donatari o legatari non sono ammissibili a dimandare la collazione di una liberalità fatta ad uno de' successibili, e che sarebbe un sottomettere indirettamente il donatario o il legatario a titolo di anticipazione di eredità alla collazione in loro favore, obbligandolo ad imputare sulla riserva la liberalità ricevuta. Di fatti, questa imputazione non costituisce nè una collazione in natura, nè medesimamente una collazione prendendo tanto di meno. Il donatario o il legatario che la reclami, non domanda nè una parte in ispecie delle cose donate o legate al successibile, nè una parte del loro valore; egli si limita, per respingere

stesso è a dire, anche nel caso in cui questo successibile avendo rinunziato alla successione, abbia perciò perduto il suo dritto alla riserva (1). Se le disposizioni tra vivi o testamentarie fatte per an-

un' azione di riduzione diretta contro di lui, ad opporvi un fine di non ricevere desunto dalla circostanza che l' erede attore, essendo stato anticipatamente fornito della sua riserva, non abbia più alcun richiamo a fare. Ricard, *delle Donazioni*, parte III, n. 1155. Lebrun, *delle Successioni*, lib. II, cap. III, sez. IX, n. i 2 a 5; Levasseur, n. 138. Grenier, II, 596. Delvincourt, III, 231, Duranton, VII, 280. Dalloz, *Giur. gen.*, *v.* Disposizioni tra vivi e testamentarie, V, pagina 416, numero 43. Vedi in senso contrario: Agen, 28 dicembre 1808; Dalloz, *op. e v. cit.*, V, p. 423.

(1) La rinunzia del successibile, donatario o legatario per anticipata successione, non può, in alcun modo, influire sulla fissazione della quota di beni della quale il defunto ha la libera disposizione. Di fatti, risulta dal contesto delle diverse disposizioni del Codice, che per giugnere a tale fissazione, il punto d' onde deesi partire si è l' apertura della successione. Confr. soprattutto art. 837 ed 839. D' altronde, il sistema contrario aprirebbe l' adito alla frode, in quantochè permetterebbe ai successibile donatario o legatario per anticipata successione il restringere o l' annientare, mercè una rinunzia concertata co' suoi coeredi, l' effetto delle disposizioni ulteriori che il defunto si aveva riservata la facoltà di fare, per la sola ragione ch' egli non avesse anteriormente disposto fuorchè a titolo di anticipata successione. Vedi in questo senso: Grenoble, 22 gennaio 1827, Sir., XXVII, 2. 85; Grenoble, 21 febbraio 1827, Sir., XXVII, 2, 92; Montpellier, 17 gennaio 1828, Sir., XXVIII, 2, 117; Agen, 6 giugno 1829, Sir., XXIX. 2, 311; Tolosa, 16 luglio 1829, Sir., XXIX, 2, 233; Ric. rig., 11 agosto 1829. Sir., XXIX, 1, 297; Civ. cass., 21 marzo 1834, Sir., XXXIV, 1. 145, Aix, 13 febbraio 1835, Sir., XXXV, 2; 265; Limoges, 4 dicembre 1835, Sir., XXXVI, 2, 93; Lione, 2 marzo 1836, Sir., XXXVI, 2. 566; Civ. cass., 30 maggio 1836, Sir., XXXVI, 1, 449. Confr. Duranton, VIII, 368 e 369. A sostegno dell' opinione contraria, s' invoca l' art. 764, ragionandosi nel seguente modo: L' erede donatario o legatario per anticipata successione perde colla sua rinunzia ogni dritto alla sua porzione della riserva; porzione che si accresce ai suoi coeredi. E siccome, malgrado la sua rinunzia, egli è autorizzato a ritenere il suo dono o il suo legato fino alla concorrenza della quota disponibile, fa d' uopo conchiuderne che il valore dei beni ritenuti s' imputi in questa quota, e non già nella parte competente al rinunziante sulla riserva. Vedi in questo senso; Agen, 21 agosto 1826, ed Agen, 20 giugno 1827, Sir., XXI, 2, 44; Nimes, 19 agosto 1831, Sir., XXXI. 2, 318. Per rispondere a questa obbiezione, è necessario prima di tutto l'osservare, che l'art. 764. (Il nostro art. 764 parla soltanto del donatario e non del legatario, quindi non è lo stesso pei legati), collocato sotto la materia della collazione, ha per unico oggetto il regolare la posizione del successibile rinunziante riguardo agli eredi accettanti, e che quindi cercandovi la soluzione della quistione di sapere quale possa essere l' influenza della rinunzia del successibile donatario o legatario per anticipata successione sulla sorte delle posteriori disposizioni fatte dal defunto, si applica quest' articolo ad un ordine d' idee che il legislatore non avea precisamente in vista nel

ticipazione di eredità ad uno dei successibili eccedano la sua porzione della riserva, questa eccedenza s'imputa sulla quota di-

compilarlo. D'altronde. non bisogna obbliare che l'art. 764 si limita a dire, che l'erede il quale rinunzii, può ritenere *il dono tra vivi o il legato fattogli fino alla concorrenza della quota disponibile* e non dice già, come sembra che si supponga, che egli possa ritenere *sul suo dono o reclamare sul suo legato la quota disponibile*. Adunque, l'espressione *quota disponibile*, che leggesi in questo articolo, ha per oggetto, meno lo indicare il carattere intrinseco della ritenzione, che il determinare la misura. Or, quale è mai il vero carattere di questa ritenzione, ovvero, per meglio precisare la quistione, si può forse, in un modo assoluto, assimilare ad un donatario o ad un legatario estraneo il successibile donatario o legatario per anticipata successione che rinunzii all' eredità per attenersi al suo dono o al suo legato, e riguardare i beni, che quest' ultimo è autorizzato a ritenere o a reclamare, come se gli pervenissero allo stesso titolo al quale il primo raccoglie i beni che gli sieno stati donati o legati? La negativa della quistione così proposta ci sembra incontrastabile; perchè non può dipendere dal successibile donatario o legatario per anticipazione di eredità lo snaturare, colla sua rinunzia, il carattere della liberalità che egli abbia ricevuto. Questa rinunzia produce per certo l'effetto di dispensarlo dalla collazione ne' rapporti cogli altri coeredi; ma non impedisce che il defunto, disponendo per anticipazione di eredità, abbia, fino alla debita concorrenza, soddisfatto all' obbligo di lasciare ai suoi eredi di riserva una determinata porzione del suo patrimonio, e conseguentemente non toglie a' beni ritenuti o reclamati dal rinunziante il carattere di beni donati per anticipazione di eredità o da valere sulla riserva: carattere che essi conservano nell' interesse de' donatarii o dei legatari posteriori, i quali sono a tal riguardo gli aventi causa dal defunto. Ciò che prova del rimanente che il legislatore ha considerata la posizione del successibile rinunziante come diversa da quella di un estraneo, e che egli è partito dall' idea che i beni donati o legati al primo conservano, malgrado la sua rinunzia, il carattere di beni donati per anticipazione di eredità, si è la disposizione stessa dell'art. 764, e la maniera onde quest' articolo è compilato. Le espressioni: « può ciò non ostante ritenere » dinotano evidentemente un' eccezione fatta con uno spirito di favore pel successibile rinunziante; e siccome quest'eccezione non risiede nell' ammontare della ritenzione, perciocchè la quota disponibile è la stessa tanto pel successibile quanto per un estraneo, è d'uopo necessariamente che essa sia relativa al dritto stesso di ritenere. Or, come mai spiegare la necessità o l'utilità d' una disposizione eccezionale e di favore, la quale autorizza il successibile rinunziante a ritenere il suo dono, senza supporre che la sua rinunzia non lo mette *ipso facto* in una condizione assolutamente simile a quella di un donatario estraneo, e che i beni donati non perdono punto, per effetto di tale rinunzia, il carattere di beni donati per anticipata successione? Le spiegazioni che precedono sono sufficienti per mostrare l'errore in cui la Corte di cassazione è caduta supponendo, per quanto pare, che non fosse possibile di ammettere la proposizione enunziata nel testo, se non rivenendo sopra i principii consacrati nell' arresto Laroque de Mons, in quanto concerne la quistione se

sponibile, sia che il riservatario accetti la successione, sia che vi rinunzii (1). Le regole che abbiamo tracciate pel caso in cui non esista che un solo donatario o legatario per anticipazione di eredità, si applicano egualmente al caso in cui ve ne siano più. Così, allorchè più donatari successibili per anticipazione di eredità rinunzilno tutti alla successione, non s' imputa sulla disponibile se non l' eccedenza di ciò che ciascuno di essi ritenga al di là della sua porzione della riserva (2).

Le remissioni di debiti fatte apertamente a vantaggio di estranei o di successibili debbono, sotto tutti questi rapporti, essere assimilate a vere donazioni (3).

2. I vantaggi indiretti, fatti senza maschera dal defunto ad uno dei suoi successibili sono, per quanto concerne l'imputazione sulla quota disponibile, regolati dagli stessi principii che le liberalità dirette (4). Nondimeno, se un vantaggio di questo genere dovesse per eccezione essere considerato come non fatto *animo donandi*, esso non s' imputerebbe sulla quota disponibile, come non sarebbe sottoposto alla collazione.

I vantaggi di tal genere fatti ad estranei, sia per atti a titolo oneroso, sia per mezzo della rinunzia ad un legato al quale essi fossero stati chiamati congiuntamente col defunto, ovvero ad una successione, non s' imputano, in generale, sulla quota disponibile (5). Questo principio si applica egualmente a' vantaggi che

il donatario o il legatario per anticipazione di eredità possa, rinunziando all' eredità, cumulare la sua porzione della riserva colla quota disponibile. Vi ha di più: l' interpetrazione che noi abbiamo or data all' art. 764, corrobora la soluzione che abbiamo adottata intorno a questa ultima quistione.

(1) Questa proposizione sembra incontrastabile nel caso di accettazione; essa è giustificata dall' art. 776. In effetti, i donatarii posteriori o legatarii che volessero costringere i coeredi del donatario o del legatario per anticipazione di eredità ad imputare sulle loro porzioni della riserva la parte che raccoglierebbero dell' eccedenza conferita da quest' ultimo, sarebbero respinti dal principio che i donatarii o i legatarii non sono autorizzati a profittare della collazione. Art. 776.

(2) Caen, 26 luglio 1837, Sir., XXXVII, 2, 430.

(3) Se una remissione di debito non è soggettata alle forme prescritte per gli atti di donazione, essa però non costituisce meno, nella sostanza, una liberalità diretta in favore del debitore.

(4) Questa proposizione è una conseguenza del principio, che i vantaggi indiretti non mascherati, sono, in materia di collazione, assimilati alle liberalità dirette.

(5) La differenza che esiste, in riguardo a ciò, tra i vantaggi indiretti fatti a' successibili e quelli che sieno stati conferiti ad estranei, dipende da ciò che i primi, a cagione della stessa qualità delle parti, si presume legalmente che sieno stati fatti *animo donandi*, e conseguentemente che sieno soggetti alla collazione, mentre che, riguardo a' secondi, non esiste alcuna presunzione legale di tal natura.

(Un vantaggio indiretto può esser fatto da un padre al suo figliuolo,

il defunto avesse potuto fare al suo coniuge, per effetto della regola sotto di cui avessero contratto matrimonio, e soprattutto per l'adozione della comunione legale, per la stipulazione di una comunione universale, di una precapienza convenzionale, o di una divisione ineguale della comunione (1). Nondimeno, i vantaggi così fatti dal defunto ad uno estraneo, o al suo coniuge, dovrebbero per eccezione essere imputati sulla quota disponibile, se risultasse chiaramente dalle circostanze; che il defunto abbia agito col fine di esercitare una liberalità a vantaggio di questi ultimi (2). Del resto, se uno dei coniugi rinunziasse unilateralmen-

sotto la forma di un contratto di vendita o di una obbligazione. Una donazione così fatta, quantunque non rivestita delle formalità prescritte per le donazioni, dev' essere non già annullata, ma ridotta alla quota disponibile. Cass. 13 agosto 1837. Riom. 20 novembre 1818. Brusselles, 11 maggio 1818. Cass., 23 aprile 1827. Ric., rig. 13 novembre 1827.

— La vendita col peso di una rendita vitalizia fatta a colui che era sul punto di sposare uno de' successibili in linea retta, unione che abbia avuto luogo, non importa la presunzione dell' art. 834 del Codice civile; *in altri termini:* il valore in piena proprietà di beni alienati col peso di una rendita vitalizia da un padre a favore di colui che là sua figliuola sia sul punto di sposare, o che sia in effetti divenuto suo genero, non dev' essere imputato sulla quota disponibile, e l'eccedenza, se ve ne sia, essere conferita alla massa.

— Ogni vantaggio derivante da un atto contenente una donazione mascherata sotto la forma di una vendita, dev' essere ridotto alla quota disponibile.

— La prova di questo vantaggio può essere fatta per testimoni e per pubblica fama, soprattutto allorchè sia decorso un tempo lungo dopo l'atto che lo racchiude. Brusselles, 1 aprile 1840. *Giur. di B.*, 1840, 407).

(1) Art. 1516 e 1525 *(Cod. franc.)*, com. 2 ed arg. da questi art. Arg. *a contrario*, art. 1496 *(franc.)*, comma 2, 1527 *(franc.)*, comma 3. Vedi in particolare sulla clausola con cui gli sposi abbiano stipulato che la totalità d' una comunione di acquisti s' apparterrebbe al superstite: Ric. rig. 12 luglio 1842, Sir., XLI, 1, 679. Vedi nondimeno, circa i vantaggi fatti da un vedovo o da una vedova aventi figliuoli da un precedente matrimonio, in favore del suo nuovo coniuge: art. 1052.

(L' usufrutto consuetudinario, o quello stipulato per contratto di matrimonio, conformemente alla consuetudine, in vantaggio del coniuge superstite, non è da riguardarsi come una *donazione*, la quale, a' termini dell' art. 839, debba essere fittiziamente riunita alla massa di tutti i beni esistenti nel tempo della morte del donante o del testatore, per determinarne la riduzione. Brusselles, cass., 24 giugno 1816, Brusselles, 19 ottobre 1824. Ma vedi Liegi, 10 dicembre 1827.

— Il dotario assicurato dalla Consuetudine di Namur alla donna maritata sotto il suo impero, e sopravvivente con figliuoli, non è una liberalità imputabile sulla quota disponibile de' beni del marito morto sotto il Codice civile. Brusselles, cass., 27 gennaio 1834: *Bullettino di Cass.* 1834, pag. 179).

(2) Quantunque i vantaggi che i terzi o il coniuge possono ritrarre da rinunzie fatte dal defunto, o da

le ad un dritto che gli appartenesse per effetto della regola sotto di cui avesse contratto matrimonio, tale rinunzia dovrebbe essere considerata come un vantaggio indiretto imputabile sulla quota disponibile (1).

3. Le donazioni mascherate, fatte a dei terzi non successibili, s'imputano sulla quota disponibile, del pari che le donazioni dirette. Quanto alle donazioni fatte a vantaggio di successibili, sia per mezzo di persone interposte, sia sotto il velo di un contratto oneroso, esse s'imputano in generale, sulla quota disponibile, meno se per eccezione dovessero esser considerate come sottoposte alla collazione.

609. Dell'azione di riduzione. —1. Delle persone alle quali essa compete.

Il diritto di dimandare la riduzione delle disposizioni eccessive s'appartiene a coloro a vantaggio dei quali la legge ha stabilita una riserva, o ai loro eredi ed aventi causa (2). Così, i donatarii o i legatarii del defunto, ed anche i creditori della successione in questa qualità, non possono, nè domandare la riduzione nè profittarne. Art. 638 (3). Ma il diritto di dimandare la riduzione è suscettivo d'esser tra-

convenzioni passate con lui, non si presumono legalmente essere state determinate da un motivo di liberalità, dee nondimeno essere permesso agli eredi di riserva il provare, anche per mezzo di semplici presunzioni, l'esistenza di questa intenzione, e conseguentemente il domandare la imputazione di tali vantaggi sulla quota disponibile. Ammettere il contrario, sarebbe lo stesso che aprire un largo adito alla frode. Confr. art. 1307. Vedi per quanto riguarda la stipulazione di una comunione universale: Civ. rig., 3 aprile 1843, Sir., XLIII, 1, 289.

(1) Vedi in questo senso: Ric. rig., 3 dicembre 1839, Sir., XXXIX, 1, 900.

(2) (Il dritto di chiedere la legittima non è un dritto personale al figliuolo; ma passa a suoi eredi. La tacita rinunzia alla legittima deve risultare *necessariamente* da' fatti da cui si pretenda di dedurla. Brusselles, 3 marzo 1825. Vedi Voet, *de Inoffic. testam.*, 67).

* (3) *Dritto Rom.* — Concord. *l. 4, l. 5, l. 7, l. 8 Cod. de inoff. donat. arg. l. 27 Cod. de inoff. testam.* Se non che io sono di parere che i creditori del defunto potessero approfittare della riduzione, atteso che i legittimarii, sebbene non fossero obbligati a pagare del proprio i debiti ereditarii, cosicchè in questa parte non venivano considerati come eredi, tuttavolta eglino non avevano alcun diritto alla legittima, se non dedotti tutti i debiti *l. 8 § 9 ff de inoff. testam.* D'altronde i legittimarii non acquistavano diritto alla legittima se non dopo la morte del debitore. *arg. l. 2 § 2 ff de vulg. et pup.. l. 1 § 21 ff de collat.*, dal che avveniva che eglino erano sempre posteriori a qualsivoglia creditore del defunto. Dippiù, parmi che i legittimarii non avessero potuto conseguire una cosa col titolo di eredi, senza poter essere convenuti sotto l'istesso titolo a restituirla, comunque non fossero stati obbligati ad aggiungervi del proprio. Non importa se i creditori non avevano diritto di richiamare a se dalle mani del donatario le cose donate per mancanza di un diritto reale sulle medesime;

sferito a' terzi per mezzo di cessione. D'altra parte, i creditori personali degli eredi di riserva, e quindi anche i creditori della eredità, se questi eredi l'abbiano accettata puramente e semplicemente, possono esercitare un tale dritto a nome e parte di questi ultimi (1).

Nel caso di concorso di disposizioni fatte a persone in pro delle quali il defunto poteva disporre di tutta la quota disponibile ordinaria, con disposizioni a favore di persone riguardo alle quali la quota disponibile era più ristretta, i donatarii o i legatarii della prima specie hanno, allorchè essi medesimi siano convenuti per la riduzione delle loro donazioni o legati, e le disposizioni fatte a vantaggio dei donatarii o dei legatarii della seconda specie eccedano la quota di beni onde costoro potevano essere gratificati, il diritto di domandare che queste ultime disposizioni siano prima di tutto ridotte alla misura legale (2).

Del resto, non bisogna confondere colla facoltà di domandare la riduzione per somministrare la riserva, il dritto di fare annullare o ridurre le disposizioni fatte da un incapace, per esempio, da un minore. Questo dritto si appartiene ad ogni persona interessata (3).

609 *bis*. Continuazione. — 2. Dell'ordine col quale si esercita l'azione di riduzione, relativamente alle diverse disposizioni che il defunto possa aver fatte.

La riduzione deve cadere, in primo luogo, sulle disposizioni testamentarie. Le donazioni tra vivi non vi sono soggette, se non in quanto i beni liberi, e quelli di cui il defunto abbia disposto per atti di ultima volontà, non bastino per soddisfare dei loro diritti gli eredi di riserva. Art. 840. Confr. art. 842.

Se vi sia luogo a riduzione parziale delle disposizioni testamentarie, la riduzione si fa *pro rata*, senza alcuna distinzione tra i le-

avevano però diritto che nessuno potesse godere alcuna cosa in forza del titolo di erede, senza essere tenuto ad un tempo a soddisfare i debiti del suo autore almeno fino alla concorrenza de' beni che egli godeva col nome di erede.

* La querela delle inofficiose donazioni al pari di quella dell'inofficioso testamento spirava nel termine di un quinquennio a contare dalla morte del donatore, *nov. 92. cap. 1, junct. l. ult. Cod. de inoff. donat.*, *l. 34 in fin. Cod. de inoff. testam.*

(1) Confr. art. 776 e 1119.

(2) Difendendosi in tal modo contro l'azione di riduzione degli eredi di riserva, i donatarii o i legatarii a vantaggio de' quali il defunto era autorizzato a disporre della quota disponibile ordinaria, non dimandano essi medesimi la riduzione delle disposizioni fatte ad altre persone; e pretendono molto meno di profittare di una simile riduzione, che di conservare ciò di cui il defunto poteva disporre in loro favore. Duranton, XIII, 327. Tolosa, 1 febbraio 1827, Sir., XXVII, 2, 193. Grenoble, 19 maggio 1830, Sir., XXX, 2, 372. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 883, Grenier, II, 707.

(3) Duranton, VIII, 320.

gati universali, i legati a titolo universale, ed i legati particolari (1), sia di quantità, sia di corpi determinati (2), e senza aversi riguardo alle date rispettive dei testamenti nei quali i diversi legati possono essere contenuti (3). Nondimeno, se il testatore avesse espressamente (4) dichiarato, essere suo intendimento che un dato legato fosse soddisfatto in preferenza degli altri, un tale legato non sarebbe soggetto a riduzione che dopo tutti gli altri. Art. 843 ed 844 (5).

Allorchè vi sia luogo a ridurre le donazioni tra vivi, la riduzione si effettua cominciando dall'ul-

(1) L'art. 30 del progetto del titolo *delle donazioni tra vivi e dei testamenti*, presentato dalla sezione di legislazione, aveva riprodotto il sistema dell'antico dritto, secondo il quale i legati particolari non soggiacevano a riduzione che nel caso d'insufficienza de' legati universali o a titolo universale. Esso aveva nel tempo stesso ammessa a favore del legatario universale la ritenzione del quarto de' beni liberi *(quarta falcidia)*, la quale non avea avuto luogo fino allora che ne' paesi di dritto scritto. Questi principii, adottati sulle prime dal consiglio di Stato, vennero poscia abbandonati, senza che i processi verbali delle discussioni, le quali ebbero luogo nel seno di questo consiglio facessero conoscere i motivi di siffatto cangiamento di sistema. Vedi Locré, *Legisl.*, t. XI, art. 30, n. 6; ed art. 36, n. 21.

(2) Confr. Tolosa, 18 aprile 1834, Sir., XXXIV, 2, 340; Grenoble, 13 dicembre 1834, Sir., XXXV, 3, 152; Tolosa, 14 luglio 1840, Sir., XLI, 2, 60; Nimes, 11 maggio 1841, Sir., XLII, 2, 467. Queste decisioni, giudicando che i legatarii di corpi determinati sono, in caso d'insufficienza della massa per soddisfare i legati, autorizzati a prelevare le cose loro legate, senza essere tenuti a contribuire proporzionatamente al pagamento de' legati di somme di danaro, pel motivo che l'artic. 843 non è adattabile in simil caso, decidono perciò implicitamente che nell'ipotesi preveduta nel testo, i legati di corpi determinati sono, come quelli di somme di danaro, soggetti ad una riduzione proporzionale per salvare la riserva.

(3) Delvincourt, sull'art. 843. Duranton, VIII, 349.

(4) Siccome qui trattasi d'una quistione d'intenzione, si dovrebbero forse applicare, in quanto al modo di manifestazione di questa intenzione, principii analoghi a quelli che abbiamo sviluppati relativamente alla dispensa dalla collazione.

* (5) *Dr. r.*—Quando le disposizioni testamentarie ledevano la legittima, vale a dire quando il testatore aveva lasciato ai legittimarii meno della legittima, essi potevano domandarne il supplimento all'erede universale, e non ai legatarii particolari, avvegnachè Giustiniano non incaricasse di questo peso se non gli eredi universali *nov.* 115, *cap.* 5 *princ.*; la qual cosa si conferma ancora col riflettere che la legittima veniva considerata come un debito dell'eredità, l. 8, § 15, *ff de inoff. test.*, e perciò i legatarii non potevano essere astretti a soddisfarla, perchè non erano tenuti a pagare i debiti ereditarii, l. *13*, *Cod. de haered. instit.*, *l. ultim. Cod. de haered. action.* L'erede universale però, se col soddisfare la legittima non rimaneva salva la quarta *falcidia*, aveva diritto di detrarla dai singoli legati.

tima e così successivamente, salendo dalle più recenti alle più antiche. Art. 840. Le donazioni ordinarie non godono, relativamente a ciò, di alcuna preferenza sulle istituzioni contrattuali (1), e neppure sulle donazioni tra coniugi fatte durante il matrimonio (2). Se in una donazione di beni presenti fatta per contratto di matrimonio, il donante s'abbia riservata la facoltà di disporre di alcune delle cose comprese nella donazione, e sia morto senza avere usato di questa facoltà, ma dopo di aver fatte nuove disposizioni tra vivi, le cose riservate non sono soggette a riduzione se non dopo di essersi esaurite queste ultime disposizioni (3).

Quando più donazioni sieno contenute in un solo e medesimo atto, la riduzione si opera sopra tutte, *pro rata* del loro valore,

(1) Benchè le istituzioni contrattuali sieno fatte sotto la condizione della sopravvivenza del donatario o della sua posterità, e l'esecuzione ne sia rinviata alla morte del donante, il donatario non è però meno investito, fin dal momento del contratto di matrimonio, di un dritto irrevocabile, in questo senso, che la disposizione non può ricevere veruna offesa per effetto di donazioni posteriori. Egli dunque dev'essere preferito ai donatarii posteriori, e, a maggior ragione, ai legatarii. Delvincourt, sull'art. 840. Grenier, II, 608. Duranton, VIII, 356.

(2) Se le donazioni di questa natura si ravvicinano, per la loro revocabilità, alle disposizioni testamentarie, non è però possibile di assimilarvele in una maniera assoluta. Di fatti, il legatario non ha verun dritto alla cosa legata, fino al momento della morte; mentre il coniuge donatario trovasi, per effetto immediato della donazione, investito del dritto che essa gli conferisce; e benchè questo dritto sia risolubile a piacere del donante, esso non risale meno, in mancanza di rivocazione espressa o tacita, al giorno del contratto. Or è impossibile il considerare come una rivocazione tacita il solo fatto del donante di avere, con donazioni posteriori, ecceduta la quota disponibile, quando queste donazioni non versino sulle stesse cose delle quali egli avea precedentemente disposto a favore del suo coniuge. Indarno dicesi che in simil caso il donante si reputa aver voluto che la riserva si prendesse dapprima dalla donazione che egli aveva la facoltà di rivocare. La legge non avendo consacrata una simile presunzione, non sarebbe questa che una semplice congettura, la quale deesi tanto meno ammettere, in quantochè il donante ha potuto credersi più ricco di quel che realmente fosse stato. In quantochè, la ferita che egli abbia fatta alla riserva può essere stata il risultamento di rovesci di fortuna sopravvenuti posteriormente alle sue ultime disposizioni, ed in quantochè, attenendovisi, si correrebbe perciò rischio di contrariare le intenzioni reali e le affezioni naturali di questo donante. Levasseur, num. 115. Dalloz, *Giur. gen.*, v. *Disposizioni tra vivi e testamentarie*, t. V. Conf. Grenier, II, 431 e 433. Ved. in senso contrario: Duranton, VIII, 257; Delvincourt, II, 243 e 244.

(3) Confr. art. 870 ed 871. Questa proposizione va giustificata da ragioni analoghe a quelle che sono state sviluppate nella nota precedente. Vedi in senso contrario: Duranton, VIII, 358.

e senza aversi riguardo all'ordine della scrittura. Lo stesso avviene allorchè due donazioni siano state fatte nello stesso giorno, quantunque con atti diversi; eccetto se i due atti menzionino espressamente l'ora in cui siano stati stipulati; nel qual caso la riduzione cadrebbe prima sulla donazione che fosse stata fatta in ultimo luogo (1).

609 ter. Continuazione. — 3. Del modo onde si opera la riduzione.—4. Delle persone con le quali gli eredi di riserva possono agire.

Allorchè le cose donate si trovino nelle mani del donatario, la riduzione si fa in ispecie, sia che la donazione comprenda mobili, sia che comprenda immobili. Laonde, il donatario di cose mobili, del pari che il donatario d'immobili, ha la facoltà, e può essere obbligato, di restituire in ispecie tutte le cose a lui donate o parte di esse (2). Nondimeno, l'erede donatario a titolo di precapienza è autorizzato a ritenere sopra i beni donati il valore della porzione che gli apparterrebbe, come erede, sui beni non disponibili, purchè questi beni siano della stessa specie di quelli che egli abbia ricevuti (3). Artic. 841. D'altra parte, l'erede donatario di un immobile a titolo di precapienza gode della facoltà, se la riduzione che la sua donazione dee subire non possa effettuarsi comodamente in ispecie, e la quota, di cui il defun-

(1) Se un solo di questi atti contenesse la menzione dell'ora in cui sia stato fatto, non potrebbesi accordare veruna preferenza ad uno dei donatarii sull'altro. Duranton, VIII, 352 e seg.

* Benchè dell'ordine delle donazioni decida la data delle donazioni, taluni autori han creduto potere insegnare che, quando si tratta di donazioni in anticipo d'eredità fatte ad eredi che rinunziano alla successione per attenersi al loro dono, queste donazioni subiscano la riduzione non già secondo la loro data, sibbene secondo la data delle rinunzie (Marcadè, art. 840, n. 2, Lescot, I. 511). Ma egli basta accennare questa opinione bizzarra, per dispensarci di confutarla.

(2) Arg. *a contrario*, artic. 841, *non obstat*, art. 787.

* (3) *Dritto rom.*—Il legittimario, secondo abbiamo osservato, per diritto romano, doveva imputare nella legittima tutto ciò che aveva ricevuto a titolo gratuito dal defunto, I. 29, I. 30, *Cod. de inoff. test.* Di qui è che se il legittimario oltre a quello che sotto un tal titolo aveva ricevuto, aveva bisogno per compiere la sua porzione legittima di dirigersi contro l'eredità del defunto, era impossibile che la donazione avesse leso l'altrui legittima, allorchè non era neppur sufficiente per la propria. Che se la donazione era stata fatta con dispensa dalla collazione, ma computata insieme con tutto l'asse ereditario, non avesse lesa l'altrui legittima, aveva il donatario diritto di conseguire l'intera legittima al pari di tutti gli altri legittimarii, come si rileva dalle leggi poco innanzi accennate. Al contrario, se avesse leso la legittima degli altri, allora il donatario doveva conferire il di più, e in collazione si faceva mettendo in natura quel di più nella massa comune, o imputandolo nella legittima del donatario a scelta del donatario medesimo.

lo poteva disporre a suo vantaggio, ecceda la metà del valore di tale immobile. Art. 785.

Gl'immobili o le porzioni degli immobili, che per effetto della riduzione rientrano nella massa, si trovano di pieno dritto liberi dai pesi o dalle ipoteche di cui il donatario li avesse forse gravati. Art. 846. Lo stesso avverrebbe anche nel caso in cui si trattasse d'immobili donati per mezzo di atti mascherati sotto la apparenza di contratti a titolo oneroso (1). Non per tanto, se gli eredi di riserva avessero accet-

(1) La riduzione d'una donazione mascherata deve, al pari della riduzione d'una donazione manifesta, fare svanire le ipoteche consentite dal donatario sugl'immobili donati. Confr. art. 2011. Se la buona fede de' terzi potesse rendere irrevocabili le ipoteche costituite in loro vantaggio, essa dovrebbe egualmente produrre l'effetto di render valide le alienazioni consentite dal donatario. Or questo sistema è inammessibile: 1. perchè esso permetterebbe d'eludere le disposizioni della legge sulla riserva; 2. perchè è contrario, tanto alla disposizione formale e generale dell'artic. 846, quanto al principio: *Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*; 3. perchè il dritto di riserva essendo, come il dritto di successione in generale, un dritto reale sulla quota di beni la quale ne forma l'oggetto, perciò dee potersi esercitare contro ogni detentore di questi beni, poco importando le circostanze in cui egli li abbia acquistati. È vero che il donante, il quale mascheri una liberalità sotto l'apparenza di un contratto a titolo oneroso, e il quale, per questa simulazione, induca in errore i terzi di buona fede, è responsabile verso di loro delle conseguenze di questo errore; e che gli eredi di lui essendo, nel caso di accettazione pura e semplice, soggetti alla stessa responsabilità, non sono ammessibili a promuovere contro questi terzi un'azione qualunque tendente alla risoluzione dei dritti di costoro. Quindi, noi ammettiamo che, in questa ipotesi, gli eredi di riserva non possano impugnare le ipoteche consentite dal donatario. Confr. nota seguente. Ma, altrimenti è nel caso in cui gli eredi di riserva non abbiano accettata la successione che col beneficio dell'inventario; poichè in simil caso essi sono veri terzi riguardo al defunto, di cui non sono tenuti a soddisfare i debiti sui beni che essi facciano rientrare nella sua eredità per effetto di un' azione di riduzione. Confr. nondimeno: Ric. rig, 14 dicembre 1826, Sir., XXVII, 1, 60.

* Ma su questo arresto, Troplong n. 1023, ragiona egregiamente così:

** Io ho altrove criticato questo arresto, e, nol niego, un po' acremente, ma per ragioni che non mi rimuovo dal creder tuttavia buone. Gli articoli 929 e 2125 (846 e 2011) Cod. Nap. sono talmente generali ed assoluti; proclamano con tanta energia la regola *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, che non è possibile farsi scudo, per recarvi un'eccezione, della buona fede dei terzi.

** Che la donazione sia diretta o che sia indiretta e simulata, che monta ai riservatarii? sono eglino men frustrati del dritto che dalla natura ripetono? forse perchè il torto che si è loro fatto è stato più abilmente praticato dee loro esser più difficile ottenere la riparazione? Si obbietta che la frode del loro autore dee ricadere su di essi e non su i terzi, i quali ingiustamente ne soffrono; ma io punto non adotto questa ragione; i figli son pur de' terzi

tata puramente e semplicemente l'eredità del donante, sarebbero, nel caso di cui abbiamo parlato, non ammessibili ad impugnare le ipoteche o le servitù che il donatario avesse consentite a titolo oneroso in favore di terzi di buona fede (1).

Allorchè le cose donate non trovinsi più nel possesso del donatario la cui donazione sia soggetta a riduzione, questi è tenuto a pagarne il valore da determinarsi secondo le regole stabilite nel penultimo §. Se il donatario sia insolvibile, gli eredi di riserva possono, dopo di avere provata la sua insolvibilità mediante la precedente escussione di tutti i suoi beni (2), agire con

alla stessa guisa delle persone più estranee, per far cadere tutti gli atti che manomettano la loro legittima. Il dritto di legittima lo ripetono dalla natura, non già dal defunto; la legge gli arma di tutti i mezzi di farla rispettare, ad onta degli atti quali che sieno del padre loro, come se fossero *penitus extranei*. E, se debbon trovarsi incrpati nella libertà della loro azione, non è mica perchè il padre, ingannato, fuorviato, abbia avvolto in mezzi tortuosi il pregiudizio che ad essi ha cagionato. Si pretende essere i terzi più degni di favore che non sieno i figli, perchè questi *certant de damno vitando*, laddove quelli *certant de lucro captando*.

** Ma l'asserzione è falsa quanto altra mai; dappoichè i figli son creditori della loro legittima, che è il più sacro fra tutti i debiti; e quando, privati di questo dritto della natura, agiscono per la riparazione dell'ingiustizia, *certant de damno vitando*.

** Ad ogni modo, io riconosco che nella specie giudicata dalla Corte di cassazione eranvi circostanze attenuantissime. L'azione di riduzione era stata intentata assai tardivamente; si era lasciato che il compratore apparente godesse per molti anni, senza turbarlo, senza restituire al titolo di lui il suo vero carattere lucrativo; per guisa che dal canto dei legittimarii poteva esservi stata una negligenza de' loro dritti, la quale avea dato ai terzi la fiducia che tutto era sincero nel possesso di colui col quale trattavano. Ma, da questi fatti particolari in fuori, che danno allo arresto in quistione il colore d'un arresto di specie, lo mantengo che l'art. 929 (846) non fa distinzione, che s'applichi alle donazioni mascherate non altrimenti che a quelle patenti e dirette, e che il legittimario non dee soffrire dagli studiati artifizii che sonosi adoperati per ingannarlo.

(1) *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Confr. la nota precedente.

(2) Questa escussione è prescritta come condizione dell'ammessibilità dell'azione degli eredi di riserva contro i terzi possessori. Essa differisce essenzialmente da quella, a cui il creditore di un debito garentito da una fideiussione è tenuto di procedere, allorchè il fideiussore ciò richieda in virtù del beneficio di escussione che gli accorda l'articolo 1893. Adunque, non possono estendersi alla escussione di cui qui trattasi le disposizioni degli artic. 1894 e 1895, relativi alle condizioni sotto le quali il fideiussore è ammesso ad usare del beneficio di escussione. Così, i terzi possessori sono, in ogni stato di causa, ammessi ad opporre l'eccezione derivante dalla mancanza di escussione. Così ancora, essi non sono nel dovere di fare l'anti-

azione di rivendicazione contro i terzi detentori a titolo oneroso o gratuito degl' immobili donati (1). Art. 847. Nondimeno, se gl' immobili fossero stati trasferiti al donatario mercè atti mascherati sotto l' apparenza di contratti a titolo oneroso, e gli eredi di riserva avessero accettata puramente e semplicemente l'eredità del donante, essi non sarebbero ammessibili a rivendicarli contro i terzi che li avessero acquistati di buona fede ed a titolo oneroso.

L'azione di rivendicazione contro i terzi dev' essere esercitata secondo l'ordine delle alienazioni fatte dal donatario, cominciando dalla più recente, e senza distinzione tra le alienazioni a titolo oneroso e quelle a titolo gratuito (2). Art. 847. Del rimanente, i terzi detentori possono arrestare l'azione diretta contro di loro, offrendo di pagare il valore estimativo dei beni di cui gli eredi di riserva menino innanzi la rivendicazione (3).

cipazione delle spese della escussione. In fine, gli eredi di riserva non sono dispensati dallo escutere i beni situati fuori dell'ambito giurisdizionale della successione. Duranton, VIII, 374. Troplong. n. 1030. Confr. Toullier, V, 152. Vedi nondimeno in senso contrario: Grenier, II. 631; Del resto, intendesi bene che gli eredi di riserva non possono essere astretti ad escutere beni litigiosi.

(1) La disposizione dell'art. 847, il quale non accorda agli eredi di riserva il dritto di agire contro i terzi possessori, se non dopo la precedente escussione di tutti i beni del donatario, si allontana dal principio che la riserva essendo un dritto di successione, e conseguentemente un dritto reale, l'erede a cui essa compete può reclamare in ispecie la porzione di beni che ne forma l'oggetto. Questa derogazione sembra essere stata ammessa nell'interesse dei terzi. Confr. nondimeno: Toullier, V, 152.

* E saggiamente Troplong, num. 1029, così soggiunge:

** Invano dicessi esser la legittima una quota della eredità ed i legittimarii aver dritto a tutti gli effetti ereditarii. V'ha pur del vero in siffatta obbiezione; ma la legge non ha voluto spingere fino al *summum jus* il privilegio della legittima. In regola generale e in equità non si consente che il legittimario domandi lo sminuzzamento de' beni, affine d'aver una porzione di ciascuno di quelli. La legittima è un onere dell' eredità e non di ciascun bene in particolare: ed il legittimario deve essere soddisfatto, allorchè trova in potere dell'erede dapprima e dei donatarii di poi dei beni ereditarii sufficienti perchè egli sia pagato. Ecco una prima verità che è irrefragabile. Ma vuolsi andare più in là e dire che, per salvare il terzo detentore da un regresso rovinoso pel credito e per lui medesimo il legittimario dee contentarsi de' beni quali che sieno che la escussione gli fa trovar nella mano del donatario in luogo dei beni ereditarii. La è una eccezione alla regola che la legittima dee pagarsi in corpi ereditarii.

(2) *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

(3) Questa proposizione è una conseguenza necessaria della disposizione dell' art. 847, il quale non permette agli eredi di riserva lo agire contro i terzi possessori, se non dopo la precedente escussione de' beni del donatario. In effetti, appunto perchè l'azione di rivendicazione dello erede di riserva trovasi subordinata

Allorchè il donatario di una somma di derrate o di altre cose mobili, la cui donazione sia soggetta a riduzione, si trovi essere insolvibile, gli eredi sono autorizzati a domandare la riduzione delle donazioni precedenti fino alla concorrenza della loro riserva, la quale non subisce alcuna diminuzione a causa di questa insolvibilità (1).

Il donatario, obbligato a restituire in tutto o in parte le cose comprese nella sua donazione, ha diritto alla bonificazione delle spese utili fino alla concorrenza del maggior valore che ne sia risultato; e deve dall' altra parte far indenni gli eredi di riserva della diminuzione di valore che queste cose avessero potuto soffrire per effetto di mancanza di manutenzione, o anche per effetto di cangiamenti che egli avesse fatti di buona fede (2). Egli deve di più render conto dei frutti a partire dal giorno dell'apertura della successione, se la dimanda di riduzione sia stata fatta tra l'anno, altrimenti, a partire dal giorno della dimanda. Artic. 845. Se il donatario, tenuto ad una indennità per causa di deterioramenti, fosse insolvibile, gli eredi potrebbero agire contro i donatarii anteriori, per ottenere il compimento della loro riserva.

I principii dianzi sviluppati sulle obbligazioni del donatario la cui donazione sia soggetta a riduzione, relativamente alla bonificazione dei deterioramenti ed alla restituzione dei frutti, si applicano egualmente a' terzi possessori compulsi dagli eredi di riserva (3).

all'impossibilità di ottenere il valore pecuniario de' beni sui quali debbasi realizzare il suo diritto di riserva, quest'azione non ha più oggetto tostoche, per le offerte dei terzi possessori, tale impossibilità trovisi allontanata. Duranton, VIII, 373.

(1) Non si è mai posto in dubbio che gli eredi di riserva possano, in simil caso, agire contro i donatarii anteriori. La controversia si aggira unicamente sul punto di sapere, se le somme o le cose dovute da un donatario insolvibile, la cui donazione soggiaccia a riduzione, debbano o no essere comprese nella massa da formarsi pel calcolo della quota disponibile.

(2) Toullier, V, 138; Duranton, VIII, 335.

(3) Questo è ciò che risulta chiaramente, per quanto concerne la restituzione dei frutti, dalle parole dell'artic. 874: « nella stessa maniera che si terrebbe contro i donatarii medesimi », combinate coll'articolo 845. Grenier, II, 633; Delvincourt sull'art. 845, Duranton, VIII, 376, e Troplong, n. 1021; insegnano nondimeno che il terzo detentore dovendosi considerare come possessore di buona fede, non debba, giusta l'art. 474, la restituzione dei frutti che a partire dal giorno della dimanda degli eredi di riserva, quando ancora questa dimanda sia stata istituita fra l'anno dalla morte. Per rispondere a questa argomentazione, faremo osservare in primo luogo, che il terzo detentore, di cui qui si tratta, non è un semplice possessore, ma bensì un proprietario il cui dritto è soggetto a rivocazione, e che perciò, sotto questo rapporto, già sembra che gli artic. 474 e 475 non possano essere a lui applicati. In secondo luogo, questi articoli essendo fondati non solo sul favore do-

609 quater. Continuazione. — 5. Dei fini di non ricevere contro la dimanda di riduzione.

1. L'azione di riduzione cessa per la rinunzia degli eredi di riserva (1). Questa rinunzia, la quale non è validamente fatta se non dopo l'apertura della successione (2). è, nel resto, regolata dai principii generali sulla rinunzia a diritti qualunque. Così, essa può essere espressa o tacita. La quistione, se l'erede di riserva debba essere considerato di aver rinunziato all'azione di riduzione, per esempio, allorchè egli abbia ricevuto dalle mani del legatario universale un legato particolare fatto a suo vantaggio, ovvero allorchè abbia volontariamente soddisfatto i legati fatti a dei terzi, è una semplice quistione di fatto,

vuto al terzo detentore, ma ancora sulla negligenza che il proprietario ha usata nel far valere i suoi diritti, lo spirito della legge è di ostacolo che le disposizioni degli articoli medesimi si estendono ad una ipotesi in cui secondo l'artic. 845, niuna negligenza può essere rimproverata all'erede di riserva, quando egli abbia istituita la sua dimanda fra l'anno. In fine gli autori che combattiamo non sono conseguiti a sè stessi; perciocchè riconoscono che, sotto il rapporto della bonificazione de' deterioramenti da lui commessi. il terzo detentore soggetto all'azione di riduzione non debba essere trattato come un possessore di buona fede nel senso dell'art. 474. In effetti, essi ammettono che il terzo detentore sia tenuto a bonificare agli eredi di riserva il minor valore derivante, sia da una semplice negligenza, sia pure da cangiamenti che egli avesse effettuati di buona fede: obbligazione, alla quale non sarebbe evidentemente sottoposto se egli dovesse essere riguardato come un possessore di buona fede avente tesi a difendere contro un'azione ordinaria di rivendicazione.

* (1) Abbiamo tolto dal testo il seguente periodo:

« 1. L'azione di riduzione cessa
» in tutto o in parte, allorchè gli
» eredi di riserva abbiano ricevute
» dal defunto delle liberalità per sem-
» plice anticipazione di eredità. in
» questo senso che, da una parte
» ciascuno degli eredi accettanti è
» tenuto ad imputare sulla sua por-
» zione della riserva i vantaggi di tal
» natura che egli abbia ricevuti, e
» che, da un' altra parte, tutti gli
» eredi accettanti sono, nel caso di
» rinunzia all'eredità di uno de' loro
» coeredi, donatarii o legatarii per
» anticipazione di eredità, tenuti e-
» gualmente ad imputare le libera-
» lità fatte a suo vantaggio sulla
» parte che egli avrebbe avuta della
» riserva, se avesse accettata l'ere-
» dità. Non vi ha quanto alla neces-
» sità della imputazione, alcuna di-
» stinzione a fare tra le donazioni
» ed i legati, sia a titolo universale,
» sia a titolo particolare. L'imputa-
» zione d'un legato particolare sulla
» riserva dovrebbe aver luogo, anche
» nel caso in cui il testatore avesse
» dichiarato essere suo intendimento
» che tale legato fosse soddisfatto in
» preferenza degli altri.—Le regole
» dianzi sviluppate si applicano, in
» generale. non solo al caso in cui
» il defunto abbia lasciati più eredi
» di riserva, ma a quello altresì in
» cui non ne abbia lasciato che un
» solo, il quale si trovi, come do-
» natario o legatario per anticipata
» successione. in concorso con do-
» natarii o legatarii estranei.

(2) Arg. art. 708 e 1084.

e deve, come tale, essere risoluta secondo le circostanze particolari di ciascuna specie (1).

2. L'azione di riduzione appartenente agli eredi di riserva si estingue riguardo ad ogni persona, colla prescrizione di trenta anni, a contare dal giorno della apertura della successione Artic. 2168. Quando i beni di cui il defunto abbia disposto siano passati nelle mani di terzi acquirenti, il cui possesso in sè riunisca i caratteri richiesti per l'usucapione di dieci a venti anni, l'azione di riduzione si estingue, per quanto li concerne, col compiersi di questa usucapione (2), la quale nondimeno comincia a decorrere dal giorno soltanto dell'apertura della successione (3).

APPENDICE I.

Sulla riserva di dritto comune.

a. Della riserva dei figli naturali.

La quistione, se il figlio naturale abbia dritto ad una riserva, è stata, nei primi tempi della pubblicazione del Codice civile, oggetto di una viva controversia (4).

Per sostenersi la negativa, si ragionava nella maniera seguente: La riserva è un dritto eccezionale, che non appartiene se non alle persone a cui la legge

(1) Confr. Toullier. V, 162 a 165; Grenier, I, 325, II, 648, e seg.;

(2) L'azione di riduzione diretta contro terzi possessori, benchè presentasse alcune particolarità che la distinguono dalle azioni ordinarie di rivendicazione, non è meno nella realtà una azione di rivendicazione, e si estingue per conseguente riguardo a costoro mercè l'usucapione di dieci a vent'anni. Art. 2171. Grenier, II, 652. Duranton, VIII, 369.

(3) *Contra agere non valentem non currit praescriptio*. Se questa massima non può essere invocata da colui il cui dritto di proprietà trovisi subordinato ad una condizione sospensiva, e se per conseguenza l'usucapione corre contro di lui anche prima dell'avveramento di questa condizione, ciò dipende dalla circostanza che può egli stesso, *pendente conditione*, agire affine di interrompere la prescrizione. Art. 1133. Ma la posizione dell'erede di riserva è affatto diversa da quella del proprietario sotto condizione; perciocchè il riservatario non ha, fino al momento dell'apertura della successione, che una semplice aspettativa, e non già un dritto benchè eventuale di riserva, nè potendo, prima di quest'epoca, assumere il titolo di erede, egli manca di qualità per fare atti, anche semplicemente conservatorii. Duranton, VIII, 379. In senso contrario Delvincourt sull'artic. 847.

*(4) Presso di noi è meno dubbia la quistione esaminata nel testo; anzi è contezza che a' figli naturali compete la riserva. Si noti però che gli art. 756, 757, 758 del Codice francese sono stati fusi nel nostro artic. 674.

l' ha espressamente e nominatamente attribuito. Or nessun articolo del Codice accorda riserva a' figli naturali. Costoro non possono invocare il beneficio dell'articolo 829; poichè la disposizione che esso contiene non s'applica, secondo il testo medesimo di quest'articolo, che a' figli legittimi. D'altronde, l'art. 832, il quale non si occupa evidentemente che dei parenti legittimi, dice espressamente che, in mancanza di ascendenti e di discendenti, le liberalità tra vivi o testamentarie possono assorbire la totalità dei beni del disponente. In fine, risulta dalla circostanza che gli art. 674, i soli che si occupino dei dritti di successione dei figli naturali, sono collocati sotto il titolo delle successioni *ab intestato*, e delle parole: *sopra i beni dei loro padri e madri*, le quali si trovano nell'uno e nell'altro di questi articoli, che il legislatore non ha inteso attribuire diritti a questi figli se non sull'eredità *ab intestato*, vale a dire, sui beni di cui il loro padre e la loro madre non avessero disposto per atto tra vivi o per testamento (1).

L'opinione contraria si fonda sulle seguenti ragioni: Le disposizioni implicite o virtuali della legge avendo, in generale, la stessa forza delle sue disposizioni esplicite o testuali, deesi riconoscere una riserva a vantaggio dei figli naturali, tostochè esistono nel Codice disposizioni le quali, per una conseguenza della loro applicazione menano all'ammissione del principio della riserva, ovvero lo presuppongono necessariamente. Or, da una parte, l'artic. 674, il quale regola i dritti dei figli naturali, ne determina la quota comparativamente a quella dei figli legittimi; e qualunque sia il titolo onde il figlio naturale succeda, non è meno certo che la disposizione di tale articolo soltanto può ricevere la sua compiuta applicazione quando si riconosca nel figlio naturale, se non una riserva propriamente detta, almanco un dritto analogo alla riserva dei figli legittimi. D'altra parte, l'art. 761 (franc.), il quale accorda al padre ed alla madre di un figlio naturale un mezzo speciale di ridurlo ad una porzione inferiore a quella che gli assegnano gli articoli 674, suppone evidentemente che non è in loro potere il privarlo, con disposizioni qualsivogliano, di ogni partecipazione ai loro beni. Ove non si ammettesse questa induzione, si giugnerebbe a dire che il padre di un figlio naturale, il quale non può giusta il testo dell'art. 761 (franc.) e secondo il sentimento

(1) Questa opinione, che Chabot ha sostenuta con molta insistenza nella prima edizione del *Commentario sulla legge delle successioni* art. 674, n. 17 e seg., non è stata riprodotta da quest'autore che con una specie di esitazione nelle edizioni susseculive. Essa è stata adottata da una decisione della corte reale di Rouen del 31 luglio 1820, Sir., XXI, 2, 213.

unanime di tutti gli scrittori, ridurre con una disposizione testamentaria espressa i dritti successorii di questo figlio, potesse nondimeno annientarli compiutamente per mezzo di una semplice preterizione nel testamento con cui egli disponesse della totalità del suo patrimonio.

Quest'ultima opinione, in favor della quale si riuniscono oggidì i suffragii degli scrittori e l'autorità d'una giurisprudenza costante, non sembra più suscettiva di essere seriamente messa in contestazione.

La quantità della riserva del figlio naturale si determina comparativamente alla riserva che egli avrebbe avuta se fosse stato legittimo, e secondo le stesse regole che sono relative al suo diritto alla successione intera. In altri termini, la parte spettante al figlio naturale sulla riserva che gli competerebbe se fosse stato legittimo, è proporzionale a quella che gli spetterebbe, in mancanza di disposizioni a titolo gratuito, sulla successione intera. Bisogna dunque, per conoscere la quantità della riserva del figlio naturale nelle diverse ipotesi che possono presentarsi, considerarlo fittiziamente come legittimo, e dopo di aver calcolato lo ammontare della riserva a cui avrebbe dritto in questa supposizione, attribuirgli la metà, i due terzi, o anche la totalità, secondochè il defunto avrà lasciati, sia figli o discendenti legittimi, sia ascendenti fratelli e sorelle, ovvero discendenti da costoro, sia collaterali più remoti, oppure non avrà lasciati alla sua morte parenti legittimi in grado successibile (1). Arg. articolo 674. Que-

(1) Si è oggidì di accordo, non solo sul principio stesso della riserva, ma ancora sulla necessità di ricorrere, per la determinazione della sua quantità *(in abstracto)*, alle disposizioni dell'articolo 674. L'opinione di alcuni, i quali in origine avevano pensato che questa quantità dovesse, per induzione dell'art. 671 (franc.), essere fissata alla metà di ciò che il figlio naturale avrebbe ottenuto in mancanza d'ogni disposizione tra vivi o testamentaria, non ha più oggidì sostenitori. Civ. cass., 26 giugno 1809, Sir., IX, 1, 337. Pau, 4 aprile 1810, Sir., X, 2, 239. Ric. rig., 27 aprile 1830, Sir., XXX, 1, 166. Vedi inoltre le autorità citate nelle note seguenti.

(Il dritto di riserva dei figli naturali riconosciuti costituisce un vero dritto di successione.

—Allorchè il padre o la madre di un figlio naturale riconosciuto disponga, in favore di altre persone, di tutto ciò onde la legge gli permette di disporre, la riserva alla quale questo figlio ha dritto, deve essere soltanto di una parte del suo dritto di successione irregolare, seguendosi, per fissarla, la proporzione stabilita tra' dritti dei figli legittimi e quelli dei figli naturali riconosciuti.

—La parola *posterità*, nell'artic. 670 del Codice civile, devesi intendere non meno dei figli naturali riconosciuti che dei figli legittimi, e perciò l'esistenza di figli naturali riconosciuti impedisce la riversione di cui parla quest'articolo.

— Il figlio naturale ha dritto ai frutti della porzione che la legge gli accorda sulla successione del suo pa-

sto metodo mena a' seguenti risultamenti:

Se il defunto abbia lasciato (1) * figli o discendenti o ascendenti legittimi, la riserva del figlio naturale è della metà che sarebbegli spettata se fosse stato legittimo; e di due terzi se il defunto abbia lasciati congiunti collaterali in grado successibile. Finalmente essa è come quella del figlio legittimo, cioè, della metà dei beni, se non esistano parenti legittimi in grado successibile.*

Il metodo dianzi indicato dev'essere seguito, o che non vi sia che un sol figlio naturale, o che ve ne sieno più. In quest'ultima ipotesi, essi debbono essere tutti fittiziamente e simultaneamente considerati come tanti figli legittimi.

La riserva del figlio naturale versa indistintamente, come quella dei figli legittimi, su tutto il patrimonio del suo padre e della sua madre. Questo figlio è, ove ne sia il caso, autorizzato a dimandare la riduzione non solo delle disposizioni testamentarie, ma ancora delle donazioni tra vivi fatte dal suo padre e dalla sua madre (2); e non vi ha, sotto questo rapporto, alcuna distinzione

dre o della sua madre. Brusselles, 27 luglio 1827. *Giur. di B.*, 1828, 1, 328; *Giur. del XIX. secolo*, 127, 3, 176; Dalloz, IX, 295 e 298).

(1) Facciamo uso delle espressioni: *se il defunto abbia lasciato*, per indicare che la quantità della riserva del figlio naturale si determina sempre secondo la quantità dei parenti esistenti al tempo della morte del defunto, e fatta astrazione dalla quistione di sapersi se questi parenti vengano o no chiamati alla successione. Così, per esempio, allorchè il defonto, avendo lasciati fratelli e sorelle, abbia istituito un legatario universale da cui questi ultimi si trovino esclusi, la riserva del figlio naturale è sempre del quarto, e non di una metà. Toullier, IV, 266. Grenier, II, 667 e 668. Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss., 8 sull'art. 674. Nancy, 25 agosto 1831, Sir., XXXI, 2, 343. Vedi in senso contrario: Chabot, sull'art. 674, n. 29. Lo stesso principio s'applicherebbe al caso in cui i parenti esistenti nel tempo della morte avessero rinunziato alla successione, ovvero ne fossero stati esclusi per causa di indegnità. Quest'opinione non è in contraddizione con quella che abbiamo emessa, perchè, in materia di riserva, gli avvenimenti posteriori alla morte non influiscono sulla determinazione della sua quantità.

(2) Maleville (sull'art. 674), e Delvincourt (II, 54) insegnano, fondandosi sulle parole dell'art. 674 *beni dei padri e delle madri defunti* che la riserva del figlio naturale versi unicamente sui beni che il padre e la madre abbiano lasciati alla loro morte, e che egli non possa per conseguente farla valere se non relativamente a' legatari, e non contro i donatarii tra vivi. Vedi egualmente in questo senso: Lione, 16 luglio 1828, Sir., XXIX, 2, 109. Questa opinione poggia su di una interpetrazione di cui abbiamo già dimostrata l' inesattezza. D'altronde, secondo questo sistema, il figlio naturale potrebbe, per mezzo di disposizioni tra vivi propriamente dette, o anche di istituzioni contrattuali, essere privato di ogni partecipazione ai beni del suo padre e della sua madre; ed un simile risultamento è evidentemente inconciliabile colle disposizioni dell'art. 761 (franc.). Con ragione dunque l'opinione di Malevil-

a fare tra le donazioni avvenute dopo il riconoscimento del figlio naturale, e le donazioni anteriori a questo atto (1).

La riserva del figlio naturale, secondochè è stata ora determinata, non è suscettiva di essere ridotta alla metà mercè una donazione fatta conformemente all'art. 761 (franc.) (2). Nondime-

le e di Delvincourt è stata rigettata dalla maggior parte degli autori e dalla giurisprudenza. Merlin, *Quest.* v. Riserva *(Dritto di)*, § 1, n. 2. Favard, *Rep.* v. Successione, sez. IV, § 1, n. 12. Levasseur, n. 63. Loiseau, *dei figli naturali*, Malpel, *delle Successioni*, n. 160; Toullier, IV, 263; Grenier, II, 662; Duranton, VI, 313; Vazeille, *delle Successioni*, sull'artic. 761 (franc.), n. 1; Belost Jolimont, sopra Chabot, oss. 5 sull'artic. 674. Richefort, *della Paternità*; Fouet de Conflans, sull'art. 674, n. 4; Douai, 14 agosto 1811, Sir., XII, 2, 1; Amiens, 26 novembre 1811, Sir., XII, 2, 44; Ric. rig., 28 giugno 1831, Sir., XXXI, 1, 279.

(1) Questa proposizione è una conseguenza dell'applicazione dell'art. 674 alla determinazione della quota di riserva del figlio naturale. In effetti, se si ammettesse la distinzione che noi respingiamo, la riserva del figlio naturale non sarebbe più una parte aliquota di quella del figlio legittimo. D'altronde, il riconoscimento essendo semplicemente dichiarativo, gli effetti ne risalgono al giorno stesso della nascita del figlio riconosciuto. Duranton, VI, 311, nella nota, e 313; Belost-Jolimont, *luogo cit.*; Tolosa, 15 marzo 1834, Sir., XXXIV, 2, 537; Vedi in senso contrario: Grenier, II, 665; Toullier, IV, 263; Favard, *op. e luogo cit.*

(2) La riserva importa di sua natura l'idea di un dritto che non è suscettivo di riduzione a danno di colui a cui sia dovuta. Il legislatore avrebbe potuto senza dubbio, allontanandosi da questa idea, permettere al padre ed alla madre di un figlio naturale di ridurlo alla metà della sua riserva, facendogli una donazione nella forma indicata nell'art. 761 (franc.). Ma, per ammettere questa intenzione dal canto del legislatore, bisognerebbe che egli l'avesse espressa in un modo formale. Or l'art. 761 (franc.), il solo che abbia rapporto alla materia, è stato evidentemente compilato a vista dei dritti successorii che il figlio naturale è chiamato a raccogliere *ab intestato*, in mancanza di disposizioni a titolo gratuito; e se quest'articolo permette al padre ed alla madre di ridurre tali dritti alla metà, non se ne può logicamente conchiudere che li autorizzi egualmente a ridurre nella stessa proporzione la riserva di questo figlio, vale a dire, la porzione di beni alla quale l'avrebbero di già ristretto mediante disposizioni fatte a vantaggio di altre persone. La sola conseguenza che sia permesso di dedurre dall'art. 761 (franc.), per quanto concerne la riserva del figlio naturale, è quella che abbiamo indicata nel prosieguo del testo. Indarno si obbietterebbe che il figlio naturale attingendo il suo dritto ad una riserva dall'art. 674, la modificazione che l'artic. 761 (franc.) apporta a questi articoli a' quali esso si riferisce, debba applicarsi tanto alla riserva del figlio naturale, quanto a' suoi dritti successorii *ab intestato*. In effetti, se l'artic. 674 somministra un possente argomento a favore del principio della riserva del figlio naturale, e dà il mezzo da determinarne l'ammontare, non è però men vero che esso non ha avuto direttamente per oggetto che i dritti successorii *ab intestato*; e che a questi dritti soltanto si applicano le espressioni dell'art. 761 (franc): *la*

no, se la riserva fosse maggiore della metà della porzione *ab intestato* che il figlio naturale avrebbe ottenuta in mancanza di disposizioni fatte dal defunto (1), e quest'ultimo avesse effettuata la riduzione autorizzata dal citato articolo, il figlio non potrebbe reclamare, per via d'azione di riduzione, l'eccedenza della sua riserva sulla metà della sua porzione *ab intestato* (2).

L'attribuzione di una riserva al figlio naturale producendo l'effetto necessario di diminuire la massa ereditaria, ci rimane ora ad indicare quali sieno, nel caso in cui questo figlio si trovi in concorso, non solo con donatari o con legatarii, ma ancora con eredi di riserva, le regole da seguirsi per determinare la porzione di beni la quale debba spettare a' primi, a titolo di quota disponibile, ed a' secondi, a titolo di riserva.

Per la soluzione di questa difficoltà, la quale nella pratica si riduce a sapere, se la riserva del figlio naturale debba prendersi esclusivamente, sia dalla riserva degli eredi, sia dalla quota disponibile, ovvero se essa debba prendersi proporzionalamente dall'una o dall'altra, è d'uopo distinguere il caso in cui questo figlio venga in concorso con discendenti, e quello in cui si trovi a fronte di ascendenti (3).

Nel primo caso, la riserva del figlio naturale si prende proporzionalmente da quella dei figli legittimi e dalla quota disponibile, se non esistano che uno o due figli di quest'ultima classe (4). Se per contrario ne esistano tre o

metà di ciò che loro è attribuito dagli articoli precedenti. Duranton, VI, 301, nella nota. Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss. 1, sull'artic. 761 (franc.). Vedi in senso contrario: Chabot, sull'art. 761 (franc.). n. 1; Toullier, IV, 262; Grenier, II, 674.

(1) Così avverrebbe, per esempio, nel caso in cui il defunto avesse lasciati due figli legittimi ed un figlio naturale. Di fatti, in tale ipotesi, la metà della porzione ereditaria di quest'ultimo sarebbe di un diciottesimo, mentre la sua riserva sarebbe di un dodicesimo.

(2) Di fatti, è evidente che il figlio naturale non potrebbe attingere dalla circostanza che il defunto avesse, colle sue disposizioni, ecceduta la quota disponibile, un motivo per reclamare una quota di beni maggiore di quella che egli avrebbe ottenuta in mancanza d'ogni disposizione. D'altronde, il dritto di successione *ab intestato* del figlio naturale trovandosi estinto, quando sia stato ridotto alla metà della sua porzione ereditaria, conformemente all'art. 761 (franc.), a maggior ragione dev'essere lo stesso della riserva. Belost-Jolimont, *luogo cit.*

(3) Le regole che andiamo a proporre si allontanano più o meno da quelle che sono state seguite finora. Gli errori e le contraddizioni in cui sono caduti gli autori che sonosi occupati di tale quistione, provengono, da una parte, dall'aver essi applicato lo stesso principio di soluzione ai due casi che noi abbiamo distinti, e da un'altra parte, dall'avere creduto di dover assimilare la riserva del figlio naturale ad un peso ereditario. Gli sviluppamenti che daremo nelle note seguenti faranno risplendere l'esattezza di questa osservazione.

(4) Questa proposizione va giusti-

un numero maggiore, essa si preleva esclusivamente dalla riserva di questi figli (1). Così, allorchè il figlio naturale sia in concorso

ficata dalle considerazioni seguenti: La riserva del figlio naturale essendo di una natura analoga a quella del figlio legittimo, devesi riguardare fittiziamente il figlio naturale come legittimo, così per fissare la quantità di questa riserva, che per regolare le conseguenze che essa trae seco, per quanto riguarda i rapporti degli eredi di riserva e dei donatarii o legatarii. Or siccome l'esistenza d'un secondo o di un terzo figlio legittimo produce l' effetto di diminuire ad un tempo stesso e nella stessa proporzione, le parti dei riservatarii, e la quota disponibile, è d'uopo per assoluta necessità far sopportare proporzionatamente la riserva del figlio naturale agli altri riservatarii, ed a' donatari o legatari. Ogni altro modo di procedere produrrebbe l'effetto di attribuire a questi ultimi una porzione di beni o maggiore o minore di quella che riceverebbe ciascuno dei figli legittimi, e sarebbe in tal guisa contrario allo spirito dell'art. 829, secondo il quale la quota disponibile è sempre di una porzione di figlio, quando non ne esistano più di tre. Tutti gli autori sono di accordo sopra questa prima proposizione; e siccome nell'ipotesi a cui essa si riferisce si giugne allo stesso risultamento pratico, assimilando la riserva di un figlio naturale ad un peso ereditario, così la più parte di essi hanno creduto di poterla giustificare mediante questa assimilazione, che essi indicano come somministrante un principio generale di soluzione, adattabile a' diversi casi che possano presentarsi. Confr. Chabot, sull'articolo 614, n. 23, 24, 25, 27 e 28; Toullier, IV, 264 e 266; Grenier, II, 671; Duranton, VI, 318; Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss. 6 e 7, sull' art. 614. Una riflessione ben semplice basterà a dimostrare l' inesattezza di questa assimilazione. L'esistenza di debiti ereditarii non modifica giammai la proporzione tra le parti dei riservatarii alla quota disponibile, e non può produrre altro risultamento che di diminuire nella stessa misura l'emolumento degli uni e dell'altra. Per contrario, a cagione della esistenza di un figlio naturale, il numero dei riservatarii viene aumentato. E se, nell' ipotesi di che trattasi attualmente, l' aumento del numero dei riservatarii diminuisce nella stessa proporzione e la parte di ciascun di loro sulla riserva e la quota disponibile, ve ne ha delle altre in cui quest'ultima rimane invariabile malgrado un tale aumento, il cui effetto è allora quello di diminuire esclusivamente le parti dei riservatarii, e di modificare per conseguenza la proporzione di queste parti riguardo alla quota disponibile.

(1) Siccome nel caso in cui esistano tre figli legittimi, ovvero un numero maggiore, l'esistenza d' un riservatario di più produce l'effetto unico di diminuire le porzioni degli altri figli, senza attenuare la quota disponibile, questa quota deve sempre restare intera ai donatarii o ai legatarii, poco importando che questo riservatario sia un figlio legittimo o un figlio naturale. Di fatti, come mai sarebbe possibile di ammettere che i donatarii o i legatarii, i quali otterrebbero il quarto della massa nel caso in cui si trovassero a fronte di quattro figli legittimi, non dovessero poi ricevere che una porzione minore, allorchè fossero in concorso con tre figli legittimi ed un figlio naturale? Chabot, sull'art. 674, n. 26. Toullier, IV, 265. Grenier, II, 670. Duranton, VI, 316. Vedi in senso contrario: Belost-Joli-

con due figli legittimi, la riserva del primo, la quale consiste in un dodicesimo, si prenderà per due terzi da quella degli ultimi, e per un terzo dalla quota disponibile. Allorchè per l'opposto, il figlio naturale si trovi a fronte di tre figli legittimi, la sua riserva, la quale è di un sedicesimo, sarà esclusivamente prelevata da quella di tali figli, di maniera che i donatarii o i legatarii ottengono il quarto della massa, senza veruna deduzione (1).

Nel secondo caso, la riserva del figlio naturale si prende esclusivamente da quella degli ascendenti co' quali egli si trovi in concorso, allorchè ne esistano nelle due linee (2), e se non ne

mont, sopra Chabot, oss. 7, sull'artic. 674. Siffatto autore insegna, che in questa seconda ipotesi debbasi seguire la stessa regola che nella prima, e far sopportare a' donatarii ed ai legatarii il quarto della riserva del figlio naturale.

** (1) Gli esempii addotti nel testo fa d'uopo notare che non ben si accordano col principio cardinale delle nostre leggi; però estranei dello intutto non sono. Vedi p.182 nel testo.

(2) La nostra maniera di vedere intorno a questo punto è in opposizione con quella degli autori che sonosi occupati di tale quistione. Cndr. Chabot, sull'art. 674, n. 27; Toullier, VI, 266; Grenier, II, 669; Duranton, IV, 319; Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss. 7 sull' art. 674. Questi autori movendo dall' idea che la riserva del figlio naturale sia da riguardarsi come un peso ereditario, insegnano che debbasi cominciare dal dedurre questa riserva dalla totalità della massa, e calcolare poscia sul dippiù la riserva degli ascendenti e la quota disponibile, secondo le regole del dritto comune. Noi abbiamo di già dimostrata l' inesattezza dell' assimilazione che serve di base a questo sistema. Quanto alla nostra opinione, essa va giustificata dai seguenti motivi. Allorchè il defunto abbia lasciato un solo figlio legittimo e nessun figlio naturale, la quota disponibile è della metà. Sarebbe lo stesso nel caso in cui esistessero ascendenti; perciocchè costoro si troverebbero, per la esistenza di un figlio legittimo, esclusi da ogni partecipazione alla riserva. Se la circostanza che il defunto, in vece d' un figlio legittimo, non avesse lasciato che un figlio naturale, dà agli ascendenti il dritto di reclamare una riserva; essi non possono però farla valere che fino alla concorrenza della eccedenza della riserva di un figlio legittimo sopra quella di un figlio naturale. Attribuendo loro una riserva più estesa, ci metteremmo in opposizione collo spirito della legge. Di fatti, la riserva degli ascendenti non è che sussidiaria: scomparisce compiutamente quando esista un figlio legittimo; e conseguentemente, in caso di esistenza di un figlio naturale, essa deve scomparire parzialmente fino alla concorrenza della porzione spettante a quest'ultimo, poichè la sua riserva è di una natura analoga a quella del figlio legittimo, e non ne differisce che per la quantità. Aggiungeremo, che il sistema contrario supporrebbe nella legge un' inconseguenza, che è impossibile di ammettere. Di fatti, siavi un' eredità di 48,000 fr. a dividere tra un figlio naturale, degli ascendenti nelle due linee, ed un legatario universale. Prelevando sulla totalità della massa la riserva del figlio naturale, che è del quar-

esistano che in una sola, essa si preleva per metà dalla riserva degli ascendenti, e per metà dalla quota disponibile (1).

APPENDICE II.

DELLA DIREDAZIONE (2).

* Oltre delle cause per le quali qualunque erede può rendersi indegno di succedere, le persone a vantaggio delle quali la leg-

lo, o sia, di 12,000 fr., resterebbero 36,000 fr. a dividersi per metà tra gli ascendenti e il legatario universale: il che darebbe a questo ultimo 18.000 fr. solamente, mentre egli avrebbe dritto a 21,333 fr. e 33 centesimi, se egli fosse in concorso con un figlio naturale e con un figlio legittimo. Or siccome la riserva degli ascendenti paterni e materni è soltanto della metà, del pari che quella d'un figlio legittimo, non si comprenderebbe come mai il legatario universale venisse ridotto, per l'esistenza di ascendenti nelle due linee, ad una porzione di beni minore di quella che egli avrebbe ottenuta se, in vece di ascendenti il defunto avesse lasciato un figlio legittimo per crede.

(1) Questa seconda proposizione è la conseguenza della precedente. Se, nel caso di esistenza di ascendenti nelle due linee, costoro debbono sopportare insieme la totalità della riserva del figlio naturale, ciò è lo stesso che dire che ciascuna linea ne deve sopportare la metà; e l'inesistenza di ascendenti in una delle linee non può modificare la posizione degli ascendenti dell'altra linea, perciocchè la riserva è attribuita *in un modo* distributivo a ciascuna di esse. Gli autori, di cui abbiamo combattuto l' opinione nella nota precedente, applicano a questa ipotesi *lo stesso* metodo che a quella in cui esistano ascendenti nelle due linee. Confr. Chabot, sull' art. 674, n. 28; Toullier, IV, 266 : Duranton, *luogo cit.*

* (2) Tutta la terza sezione che tratta la *diredazione* è nuova. Il Codice civile si contenne ai soli motivi d' indegnità ; ma , rilevata nel regno la patria potestà dalla depressione cui giaceva, parve necessario somministrare ai genitori quest'altro mezzo onde contenere i figli nel dovuto rispetto, ed incoraggiarli da una buona condotta. Chiamasi *diredazione* l' escludere che fassi alcuno anche dalla legittima riservatagli dalla legge. Non ha dunque luogo che contra coloro che han dritto ad una riserva, vale a dire i discendenti e gli ascendenti. Noi trascriveremo ed analizzeremo brevemente ad uno ad uno i sette articoli nei quali questa materia è contenuta.

* *Diritto Romano.*—La diredazione era un'esclusione legittima dalla eredità; essa si doveva fare con esprimere il nome di colui che si voleva diredare , o con designarlo in modo da non potersi confondere cogli altri: si doveva fare puramente, e non sotto condizione *l. 3* , *§ 1* , *ff de lib. et posth.*; dovevasi escludere il diredato da tutta l'eredità *l. 19* , *ff eod.* , cosicchè non potesse giammai parteclpare della medesima, o per sostituzione , e per non essere escluso da tutti i gradi l. 3, § 1, 3, 6, *ff eod.*; si doveva fare in fine per una giusta causa, la quale

ge stabilisce una quota di riserva o sia legittima, possono esserne private con una dichiarazione espressa dal testatore e per

era necessario che fosse espressa nel testamento, e provata dagli eredi i quali volevano escluso il diredato *nov. 115, cap. 3 et 4* Ond'è che si intendeva che fosse una preterizione, della quale parleremo sotto l'articolo 892, quando il testatore non aveva fatta la diredazione nominatamente *prin. inst. et* § 2, *de exhaer. lib.*, nè puramente, ma sotto condizione *l. 15, ff de cond. inst.*, *l.* 68, *in fin. ff de haered. inst.*, quando non aveva escluso il diredato da tutta l'eredità. ma solamente da una certa cosa *l. 19, ff de lib. et posth.* oppure quando non lo aveva escluso da tutti gli eredi, e da tutti i gradi, ma soltanto da qualche erede, o da qualche grado *l. 3,* § *2. et sequ. ff cod., l. 8*, § *3, ff de bonor. poss. cont. tab.* e finalmente quando lo aveva diredato per una causa ingiusta, vale a dire per una causa differente da quelle contemplate nella *nov. 115*, *cap. 3 et 4*, o neppure equivalente ad una di esse, secondo la comune opinione degl' interpreti; ovvero, essendo giusta la causa, non l' aveva espressa nel testamento *nov. 115*, *cap. 3*, *prin.* La ragione si era perchè la direzione non fatta a norma delle leggi era nulla, avvegnachè s' intendesse nollo tutto ciò che si faceva contro le leggi *l. 5, Cod. de legibus.* o non si faceva secondo quello che esse prescrivevano *l. 6. ff qui satisdare cogant.*, del che abbiamo un esempio nella *l. 8.* § *2. de bon. poss. cont. tab.*, ove Ulpiano scrisse che non ogni diredazione bastava per impedire il possesso dei beni *contra tabulas*, ma solamente quella la quale era fatta a norma delle leggi; d'altronde sappiamo che il possesso dei beni *contra tabulas* non si dava che ai figli preteriti § 3, *inst. de exhaered. liber.*, *l. 1, et tot. tit. ff de bonor. poss. contr. tab.*

* La diredazione pertanto non fatta a norma delle leggi, la quale equivaleva alla preterizione, produceva gli effetti della preterizione medesima. Ond' è che i figli esistenti sotto la podestà del testatore ed in tal modo diredati, sia che fossero naturali sia che fossero pienamente adottati o arrogati, annullavano il testamento *l. 1, l. 17, ff de injust. rupt., l. 7, ff de lib. et post.* § *4, inst. de exhaer. lib., junct. l. pen. Cod. de adopt.* gli emancipati domandavano il possesso dei beni *contra tabulas*, § *3*, *inst. de exhaer. liber., l. 1, et tot. tit. ff de bonor. poss. cont. tab.*, i postumi veri e finti rompevano il testamento § 1, *et 2*, *inst. de exhaered. liber.*, e benchè a tutti questi figli competesse la querela dell' inofficioso testamento *l. 1, l. 6. l. 23, l. 30, ff de inoff. test.*, ciò nonostante in questo caso la medesima non aveva luogo, perchè era essa un rimedio sussidiario il quale non si accordava se non quando mancavano tutti gli altri rimedii § 2, *instit. de inoff.*, *l. ult. Cod. de lib. praeter.* I figli diredati come sopra dalla madre e dagli altri ascendenti materni, rescindevano il testamento mediante la querela dell' inofficioso § *ult. instit. de exhaered. lib., nov. 115, cap. 3*, e lo rescindevano eziandio gli ascendenti tutti tanto paterni che materni, non che in loro mancanza i fratelli e le sorelle nel caso in cui dovevano essere instituiti eredi, o diredati *l. 1, l. 15, princ. ff de inoff. test.*, § 1, *instit. eod. l. 17, l. 21, l. 27, Cod. eod., nov. 115. cap. 4*, imperciocchè in questo caso la preterizione sia vera per diredazione § *ult. instit. de exhaered. liber.* Errò quindi l'Eineccio quando disse

una causa ammessa dalla legge e spiegati nello stesso testamen-

nelle sue Instituzioni che i figli ed i genitori diredati per una causa ingiusta, cioè non approvata dalla *nov.* 115, annullavano il testamento, mentre ciò si verificava soltanto nei figli suoi, ma non ne' figli non esistenti sotto la podestà del testatore, sia perchè egli fosse un ascendente materno, sia perchè li avesse dimessi dalla sua podestà coll'emancipazione, nè tampoco si verificava negli ascendenti paterni e materni, ai quali tutti non competeva che la querela dell'inofficioso testamento, tanto se erano stati ingiustamente diredati, quanto se erano stati preteriti § 7, *instit. de exhaered. liber.*, *l.* 11, *l.* 17, *Cod. de inoff. l.* 1, *l.* 14, *l.* 15, *ff eod.*, *nov.* 115, *cap.* 3 *et* 4, ad eccezione dei figli emancipati, ai quali competeva il possesso dei beni *contra tabulas*, § 3, *inst. de exhaered. liberor.*, e ciò fu ammesso eziandio dall'Einneccio medesimo quando trattò della querela dell' inofficioso testamento sì nelle instituzioni che nelle paudette, locchè non mi lascia senza maraviglia.

* Un errore fu pure quello di Fulgosa, Donello, Duareno, Cujacio, Vinnio, Voet, e di varii altri allorquando sostennero che ai figli diredati dal padre senza esprimere nel testamento alcuna causa, o per una causa ingiusta, non competeva se non la querela dell'inofficioso testamento. Imperciocchè se è vero, com'è verissimo, che Giustiniano quando definì la misura di gravità delle cause per le quali poteva aver luogo la diredazione, e quando ordinò che tali cause dovessero esprimersi nel testamento, non facesse altro che aggiugnere alla diredazione altre formalità oltre a quelle, le quali venivano prescritte dalle antiche leggi, sarà vero ancora che se non verificavasi la diredazione nella forma prescritta, doveva essere come non fatta, perchè il non fare una cosa a norma delle leggi era lo stesso che il non farla in alcuna maniera *l.* 6, *ff qui satisd. cogantur*, e quindi il diredato doveva ritenersi per preterito, purchè non era stato nè instituito, nè diredato *prin. instit. de exhaered. liber.*, *l.* 30, *ff de lib. et posth.* Per qual ragione un figlio non diredato a norma delle leggi antiche si doveva avere per preterito come se fosse stato diredato non nominatamente, oppure sotto condizione, o non fosse stato escluso da tutti i gradi nè da tutta l'eredità, e non si doveva poi avere del pari per preterito, se non era stato diredato a norma delle nuove leggi? Non è vero che con ciò si sarebbe resa inutile, come dicono Vinnio e Voet, la querela dell'inofficioso testamento, ed il possesso dei beni *contra tabulas*, mentre eglino hanno supposto che la preterizione producesse in tutti i casi la nullità del testamento; ma io ho già detto che la preterizione doveva produrre i suoi antichi effetti, dare cioè il possesso dei beni *contra tabulas* agli emancipati, la querela dell'inofficioso ai discendenti materni contro il testamento degli ascendenti della stessa linea, il beneficio ai postumi di rompere il testamento paterno e la querela di nullità ai figli suoi contro il testamento del padre e degli ascendenti paterni. D'altronde, neppure secondo le antiche leggi quando i figli suoi, emancipati o postumi, venivano preteriti, potevano promovere la querela dell'inofficioso se prima non si prevalevano degli altri rimedii, atteso che essa era un rimedio sussidiario, il quale non si concedeva che in mancanza di tutti gli altri § 2, *instit. de exh. liberor.*, *l. ult. versic. nam cum Cod. de lib. praeter.* Conchiudo adunque a buondiritto con Giovanni da Imola, con

lo (1). Art. 848.

* Il figlio potrà essere diredato per le ragioni seguenti (2):

* 1. Se siasi renduto colpevole verso del genitore di sevizie o di qualunque delitto (3);

Curzio juniore, con Claro, con Bacovio, con Gomezio e con quasi tutti gl'interpetri, che i figli suoi diredati ingiustamente o senza alcuna causa espressa avevano diritto di dire nullo il testamento paterno, e gli altri figli godevano dei beneficii di cui ho parlato di sopra.

* Ho creduto di trattare la promessa quistione attesa la sua grave importanza: imperciocchè se i figli diredati ingiustamente o senza espressione di causa, non avessero avuto altro soccorso fuorchè la querela dell'inofficioso testamento, comunque anticamente avrebbero con essa rescisso l'intero testamento l. 8, § *pen.*, *l.* 28, *in fin. ff de inoff. testam.*, pure per il diritto novissimo non potevano rescindere che l'instituzione dell'erede, e tutto il rimanente del testamento, come i legati, ecc., restava salvo *nov.* 115, *cap.* 3, *in fin.*, *cap.* 4, *in fin.* Al contrario, annullando o rompendo il testamento, oppure ottenendo il possesso dei beni *contra tabulas* rendevano inutile il testamento per intero l. 17, *ff de iniust. rupt.*, § 1, *instit. de exhaered. liberor.*, salvo che però in quest'ultimo caso dovevano soddisfare i legati lasciati dal testatore ai suoi ascendenti e discendenti l. 1, § 1, *et seqq.*, alla di lui moglie e nuora l. 8, § *ult. l.* 15, § 1, *ff de legat. praest. cont. tab.*

* *Diritto siculo.*—Un'antica costituzione del re Ruggero aveva nel nostro regno dichiarato decaduti dalla paterna eredità quei figli i quali avessero celato, soppresso o altrimenti distrutto il testamento dei loro genitori ad oggetto di conseguire la intestata successione. Consl. Ruger. lib. 3, tit. 62 et 66.

* Una giusta causa di diredazione era riputata inoltre la contrattazione del matrimonio clandestino, e delle nozze contratte dai figli di famiglia non arrivati all'età di anni trenta, e delle figlie minori degli anni venticinque senza il consenso del padre o di chi ne sostenesse le veci, ai termini delle Prammatiche del 1767, 1770 e 1771.

* (1) Trattandosi di disposizione penale tanto più odiosa in quanto riguarda persone col più sacri vincoli unite tra loro, noi crediamo che cumulativamente e tassativamente debbono riunire le tre condizioni volute dalla legge per darsi luogo alla diredazione: 1. che vi sia una delle cause dalla legge stessa indicate e non le equipollenti o consimili; 2. che questa causa venga dal diredante espressa; 3. che si esprima in un testamento. Qualunque dichiarazione dunque si facesse, anche legale ed autentica, non basterebbe se non avesse luogo nel testamento sia pubblico, sia mistico, sia olografo.

* (2) Le giuste cause per le quali un figlio o discendente poteva dal loro genitori od ascendenti essere diredato, si facevano dalle leggi romane ascendere al numero di quattordici e furono dall'Imperator Giustiniano definite colla *nov.* 115, *cap.* 3.

* (3) Ma per delitto deesi forse qui intendere qualunque fatto punibile con pene correzionali, come lo intendono le leggi penali? Noi stentiamo a crederlo. La voce delitto può bene spesso indicare un fatto punibile con pene criminali, e ne abbiamo gli esempii tanto nella legislazione francese che nella nostra. E poi vi sono tante colpe commesse per imprudenza o negligenza punibili correzionalmente che non meriterebbero questo rigore, tuttochè

* 2. Se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti;

* 3 Se divenuto il genitore furioso lo abbia lasciato in abbandono senza prender cura di lui (1);

* 4. Se non abbia curato di riscattarlo divenuto prigioniero presso il nemico, quando il poteva;

* 5. Se la figlia in contraddizione del padre siasi messa ad esercitare il mestiere di pubblica meretrice (2). Art. 849.

** Il padre o la madre potrà essere diredato per le ragioni seguenti:

* 1. Se reso il figlio prigioniero presso il nemico, non abbia procurato, potendo ciò fare, di riscattarlo;

* 2. Se gli abbia irragionevolmente negato gli alimenti;

* 3. Se divenuto furioso lo abbia abbandonato, senza prenderne altra cura;

* 4. Il padre o la madre potrà essere diredato se uno di essi abbia dato il veleno all' altro: l' abbia oltraggiato atrocemente (3);

* 5. Ha luogo anche la diredazione per avere uno dei genitori attentato alla vita dei propri figli. Artic. 850. Queste disposizioni son comuni agli altri ascendenti.

* L'esistenza della causa della diredazione spiegata nel testamento, debb'essere dimostrata con prove legali (4). Art. 851.

* Colui che è stato giustamen-

vengano indicate col nome di delitti.

* Aggiungiamo pertanto che la Corte suprema di Nap. esaminando il dubbio se le ingiurie profferite tra le domestiche mura; l' aver notato di demenza il testatore o di falsità il testamento; e le diffamazioni nel funerali, costituissero causa d' indegnità, ritenne la negativa colla decis. dell'8 gennaio 1820, perchè senza la circostanza del *si palam maledixerit*. Dizion. d'Armellini Tom. II, pag. 357. Quanto più per la diredazione!

* (1) Ma in questo caso bisognerà attendere che il genitore ricuperando la sana ragione possa diredarlo col suo testamento, o questa causa potrà essergli opposta dagli altri fratelli o coeredi? La legge vuole espressamente la diredazione ordinata dal testatore nel suo testamento. Ma può anche aver luogo questa disposizione se il figlio avesse abbandonata la genitrice divenuta furiosa; il padre può allora per questa causa diredarlo col suo testamento.

* (2) Notate le tre essenziali circostanze che debbono concorrere in questa causa; 1. il meretricio; qualunque altro turpe atto non basterebbe; 2. la contraddizione; quindi bisogna che ciò le sia stato positivamente proibito; 3. che questa contraddizione le venga dal padre che qui è espressamente nominato; se dunque le altre antecedenti cause riguardano l'uno e l'altro genitore, questa particolarmente non ha luogo che per la contraddizione del solo padre.

* (3) Notate la differenza tra i delitti commessi dal figlio verso dei genitori e quelli commessi da costoro l'uno verso dell' altro. Basta pel primo qualunque delitto, qualunque sevizia. Per gli altri vi bisogna un oltraggio atroce, un tentativo di avvelenamento, e simili misfatti.

* (4) Per pruove legali s' intendono quelle che possono in giudizio essere accolte per sostegno di un

te diredato, si terrà come non esistente; e la sua persona non sarà messa a calcolo nel ripartirsi la quota di riserva dovuta agli altri figli (1). Art. 852.

* Se il figlio diredato espres-

fatto; quindi testimoni e testimonianze, ossiano documenti. Non è qui necessaria la pruova per iscritto. Il magistrato valuterà siffatte pruove col suo criterio morale come in qualunque altra causa.

* Esse però sono a carico di coloro che hanno interesse a sostenere il testamento; la persona diredata non è obbligata a provare la sua innocenza che sempre si presume; quindi non adducendosi, o essendo giudicate insufficienti, il diredato riacquisterà la sua legittima. Se questi succumbe, non perde però il diritto di produrre l'azione di nullità o di falsità del testamento, e d'impugnar con questo mezzo la diredazione. Ma s'egli tacitamente accetta il testamento, non ha dritto a dedurre la nullità o falsità del medesimo, se non quando i motivi che l'inducono ad attaccarlo siensi da lui posteriormente scoverti (l. 5, pr. ff *de his q. ut indign. auf.*, *l.* 3, *Cod. eod.*; *l.* 3, *ff ad leg. corn. de falsis*).

* L'azione ad impugnar la diredazione passa agli eredi abbenchè non siano discendenti del diredato? Noi crediamo che sì, non essendovi bisogno della querela d'inofficioso testamento che i Romani concedevano solo ai discendenti. (Argomento tratto dall'art. 838).

* Anzi fatta la diredazione dal testatore, non gli è proibito con qualunque altro atto di rivocarla. Essa è una pena facilmente distrutta dalla riconciliazione; è un fulmine, dice Merlin, che si avverte nel lampeggiar della collera; basta che la tempesta sia passata, basta di aver per poco il padre riguardato amorevolmente il figlio per far presumere l'obblio del passato.

* (1) Disputavano i dottori se i figli diredati facevano numero per accrescere la quota legittima, e parte per diminuirne la quantità; vale a dire se un padre avendo cinque figli, nè diredava uno, contendevano se questo figlio doveva numerarsi all'effetto di fissare la quota legittima sino alla metà dell'eredità, e se faceva parte in questa quota per diminuirla in pregiudizio degli altri figli.

* Bartolo opinò che il figlio diredato faceva parte, e quindi necessariamente numero, e fondò la sua opinione sulla l. 8, § 8, de *inoff. testam.*; Zoesio, Elneccio e Vinnio seguirono la stessa opinione. Dino, al contrario, Saliceto e Voet sostennero che il figlio diredato non faceva nè numero, ne parte, e si fondarono specialmente sulla l. 1, § 5, *ff de conjung. cum eman. lib.* L'opinione di costoro si suppone direttamente alla citata *l.* 8, § 8, *ff de inoff. test.*, ove Ulpiano concorrendo nel sentimento di Papiniano apertamente decise che i figli diredati facevano parte, e conseguentemente numero: « Quoniam autem » (diss'egli) quarta debitae portionis » sufficit ad excludendam querelam, » videndum erit, an exhaeredatus » partem faciat, qui non queritur, » ut puta, sumus duo filii exhaeredati? et utique facit, ut Papinianus respondit. Et si dicam inofficiosum, non totam haereditatem » debeo, sed dimidium petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes: ex uno plures, tres puta, ex » uno unus: unicum, sesuncia, » unum ex illis semuncia querela ex» cludit ». Non vale contro di questo chiaro testo l'argomento desunto dalla d. l. 1, § 5, *de conjung.*

samente nel testamento premuore al padre, la diredazione non pregiudica i diritti dei discendenti del medesimo. Lo stesso vale per la madre e per ogni altro ascendente. Art. 853.

* La persona diredata, quando non abbia altronde mezzi da vivere, potrà reclamare sulla eredità da cui è esclusa gli stretti alimenti. Art. 854 (1).

cum eman. lib., ove si dice che il diredato si ha per morto: imperciocchè gli scrittori che hanno applicato al nostro caso questa legge della quale è autore Ulpiano al pari dell'altra, hanno messo Ulpiano in contraddizione con se medesimo, quindi l'applicazione è assurda; locchè si rileva manifestamente quando si considera che Ulpiano in questa legge non trattò già di legittima, ma decise che i figli di un diredato si dovevano ammettere all'eredità, della quale il loro padre era stato escluso, ed assegnò per ragione che il diredato si avea per morto.

* (1) Se chi fu giustamente diredato non conviene che accresca la sua fortuna col beni di quegli di cui ha demeritata l'affezione, non l'accrescerebbe cogli alimenti; e non conviene del pari che sprovveduto d'ogni mezzo di sussistenza fosse di peso alla società, o succumbesse per miseria. La legislazione non dee favorire la barbarie e l'inumanità. Ma riflettete che la legge non gli dà che gli *stretti alimenti*; cioè quanto basta a sostener la vita, come il concede ancora al condannato all'ergastolo che reputa civilmente morto. Le di lui privazioni debbono servire agli altri di esempio. I giudici per altro sono i soli arbitri in questa materia.

* Si è domandato con quale azione dovrà agirsi contro la diredazione? Opponendosi al testamento. Noi non abbiamo il rigore delle formole prescritte dal dritto romano. Nello stesso modo in cui se fosse preterito agirebbe per la legittima, e se fosse stato leso con donazioni eccedenti la quota disponibile chiederebbe la loro riduzione. Sarebbe però erroneo sostenere come nel roman dritto che dichiarata ingiusta la eseredazione cadesse la istituzione dell'erede: il diredato non ha dritto che alla riserva, ed ottenutola, riman ferma ogni altra disposizione del testatore.

SULLA RISERVA DEGLI ASCENDENTI

611 1. Specialità sulla riserva degli ascendenti, nel caso in cui il defunto avesse ricevute donazioni tra vivi da uno dei suoi ascendenti. 612 2. Dei casi nei quali la quota disponibile è o maggiore o minore che la riserva, o sia, della quota indisponibile per diritto eccezionale. a) Della quota di beni della quale i minori possono disporre per testamento. 613 b) Della quota disponibile di beni tra coniugi che non abbiano figli da un precedente matrimonio. 614 Della quota disponibile tra coniugi aventi figli da un precedente matrimonio.

611 b. Specialità sulla riserva degli ascendenti, nel caso in cui il defunto avesse ricevute donazioni tra vivi da uno dei suoi ascendenti.

Questa materia è dominata dai tre principii seguenti:

1. La quota disponibile si calcola sempre, conformemente all'art. 839, sulla totalità dei beni che il defunto abbia lasciati o di cui egli abbia disposto tra vivi, senza aver riguardo all'origine degli uni o degli altri. Siffatta quota non può ricevere aumento nè subire diminuzione, per motivo della circostanza di trovarsi o fra i beni esistenti nel tempo della morte, o tra quelli di cui il defunto abbia disposto, cose che egli avesse ricevute per donazione tra vivi da uno dei suoi ascendenti (1).

2. Il diritto di riversione legale, stabilito dall' art. 670 a vantaggio dell' ascendente donante, non è garentito da una riserva speciale (2). Così, allorchè quest'ascendente si trovi escluso dalla successione ordinaria da altri ascendenti più prossimi, egli non ha veruna riserva a reclamare (3).

(1) Per determinar l' ammontare della quota disponibile, è d'uopo porre l'ipotesi dell'unità del patrimonio del defunto, senza tener conto della separazione a cui dà luogo l' apertura del dritto di riversione legale. Questa circostanza dee rimanere estranea a' donatarii o ai legatarii; poichè il dritto di disporre a titolo gratuito di cui gode una persona, si estende tanto alle cose che ella abbia ricevute con donazione tra vivi da uno dei suoi ascendenti, quanto a quelle che provengano da un'origine diversa, e si applica nella stessa misura alle une ed alle altre. La proposizione enunciata nel testo non è contraddetta da veruno autore, per quanto sia a nostra conoscenza; e nondimeno, le soluzioni date da qualche interpetre sopra alcune quistioni speciali menano a risultamenti che vi sono contrarii.

(2) Il dritto di successione *ab intestato* accordato all'ascendente donante dall'artic. 670, è subordinato all'esistenza dei beni donati. Quando il defunto abbia disposto di questi beni con atto tra vivi o con testamento, il dritto di riversione trovasi estinto. Or è impossibile di ammettere un dritto di riserva quando non esista più alcun dritto di successione *ab intestato*.

(3) Questa prima conseguenza ci pare che sia al coperto da ogni con-

Così ancora, allorchè egli sia chiamato a questa successione in concorso con altri ascendenti, non ha dritto ad una riserva maggiore di quella di costoro (1). Il suo dritto come donante si ridu-

testazione. Sembraci che gli autori l'abbiano implicitamente ammessa; perciocchè non s'occupano della liquidazione della riserva dell'ascendente donante, se non che nell'ipotesi in cui egli si trovi chiamato alla successione ordinaria.

(1) Questa seconda conseguenza sembraci necessaria ed irresistibile quanto la prima. Se la qualità di donante non può conferire all'ascendente escluso dalla successione ordinaria alcun dritto di riserva sopra i beni donati di cui il defunto abbia disposto, come mai potrebb'essa, venendosi a congiungere con quella di erede ordinario, produrre l'effetto di conferirgli una riserva più estesa di quella a cui egli ha dritto a quest'ultimo titolo? Siffatta conseguenza è nondimeno rigettata dalla più parte degli autori, i quali, sebbene sembrassero riconoscere che l'ascendente donante non abbia, in tale qualità, ed allorchè sia escluso dalla successione ordinaria, alcuna riserva speciale ad esercitare sulle cose comprese nella donazione di cui il donatario abbia disposto a titolo gratuito, insegnano tuttavia che quando egli si trovi chiamato alla successione ordinaria in concorso con altri ascendenti, la riserva di questi ultimi si calcoli solamente sopra i beni diversi da' beni donati, mentre quella dell'ascendente donante si calcola indistintamente sopra tutti i beni del defunto: in altri termini, essi sostengono che l'ascendente donante abbia dritto, in tal caso, ad una doppia riserva, di cui una versi sui beni donati, e l'altra su quelli di diversa origine. Confr. Grenier, II, 598 *ter*; Toullier, V, 129; Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss. 5, sull'art. 670. Le ragioni invocate a sostegno di questa opinione riduconsi a dire che gli ascendenti diversi dal donante, essendo per l'esistenza di costui, esclusi da ogni partecipazione a' beni donati, quando questi beni esistano ancora nella successione del defunto, debba essere lo stesso quando costui ne abbia disposto a titolo gratuito. Ma siffatta argomentazione è viziosa nella sua base; poichè la circostanza che il defunto abbia disposto a titolo gratuito dei beni donatigli fa svanire il dritto di riversione legale, e non permette più di ricercare l'origine dei beni che componevano il suo patrimonio. D'altronde, il sistema che noi combattiamo presenta una doppia inconseguenza. Ed in vero, da una parte, i partigiani di questo sistema riconoscono che nel caso in cui l'ascendente donante non più esista, la riserva degli altri ascendenti colpisca indistintamente tutti i beni del defunto, qualunque ne sia l'origine, perchè in simil caso il dritto di riversione trovasi estinto per la premorienza del donante. Ora, perchè mai sarebbe altrimenti, quando l'estinzione di questo dritto sia la conseguenza delle disposizioni a titolo gratuito fatte dal defunto? Da un altro canto, gli autori di sopra citati ammettono che quando l'ascendente donante sia escluso dalla successione ordinaria, e conseguentemente non possa dimandare alcuna riserva; la riserva degli altri ascendenti versi tanto sopra quelli fra i beni donati di cui il defunto abbia disposto, quanto sopra i beni di una origine diversa. E nondimeno, egli è certo che se i beni donati esistessero ancora, gli ascendenti diversi dal donante non avrebbero verun dritto ad esercitare sopra tali beni. Ciò prova che, per la stessa confessione di questi au-

co, nell'uno e nell' altro caso, a riprendere i beni donati, se esistano nella successione. Dippiù: egli non può esercitare questo riprendimento che a condizione di contribuire a' pesi della successione, e soprattutto al rilascio dei legati ed alla esecuzione delle donazioni (1). Confr. articolo 670.

3. Allorchè siavi luogo al diritto di riversione legale a vantaggio dell'ascendente, e costui, trovandosi nel tempo stesso chiamato alla successione ordinaria, abbia dritto ad una riserva, questi due dritti si esercitano separatamente ed indipendentemente l'uno dall'altro. Così, l'ascendente donante, il quale sia ad un tempo stesso erede di riserva, non è tenuto ad imputare sulla sua riserva l'ammontare dei beni che egli riprenda in virtù del suo dritto di riversione (2).

Per determinare le conseguenze che debbano fluire dalla combinazione di questi tre principii bisogna distinguere tra l' ipotesi in cui il defunto abbia disposto a titolo gratuito, per atto tra vivi o per testamento, della totalità dei beni donati, e l' ipotesi in cui tali beni esistano ancora in tutto o in parte nell'eredità.

Nella prima ipotesi, la *riserva*

tori, gli ascendenti non donanti possono, in caso di disposizione a titolo gratuito dei beni donati, esercitare una riserva sopra siffatti beni, ai quali nondimeno essi non sarebbero chiamati a succedere, se esistessero ancora. Confr. in questo senso: Duranton, VI, num. 229, p. 249, nella nota.

(1) Per mezzo di questa contribuzione appunto noi crediamo di poter conciliare i dritti dell'ascendente donante, tanto con quelli dei donatarii o dei legatarii, quanto con quelli degli ascendenti non donanti ai quali sia dovuta una riserva. Belost-Jolimont *(luogo cit.)* applica, è vero, ad alcuni casi speciali questo principio di contribuzione, ma egli non ha più che gli altri autori compreso, che col soccorso di questo principio debbonsi risolvere tutte le difficoltà che possono presentarsi nei diversi casi in cui siavi luogo all'esercizio del dritto di riversione.

(2) Queste proposizioni sono altrettanti corollari stabiliti, perciocchè la riserva non è altro che un dritto di successione *ab intestato* garentito contro le disposizioni a titolo gratuito fatte dal defunto. Può dunque ciascuno a buon diritto maravigliarsi che Chabot e Toullier, mentre hanno adottati pienamente i principî di cui si è parlato, abbiano nondimeno creduto di dover sottoporre l'ascendente donante, il quale si trovi ad un tempo stesso erede ordinario, all'obbligo d' imputare sulla riserva alla quale egli ha dritto *in* quest' ultima qualità, l' ammontare dei beni che egli riprenda in virtù del dritto di riversione legale. Confr. Chabot sull'art. 670, n. 13, 6; Toullier. V, 129. Sembra che la loro dottrina sopra di questo punto sia il risultamento dell' imbarazzo che hanno sperimentato nel regolare, in un modo equo, i dritti rispettivi dell'ascendente donante, e degli altri ascendenti eredi di riserva; e ciò perchè essi non hanno compreso che bisognava applicare, onde regolare i cennati diritti, il principio della contribuzione ai debiti ed ai pesi dell'eredità, di cui si è precedentemente trattato.

degli ascendenti, donanti o non donanti, si calcola conformemente alle regole del dritto comune, senza che vi sia, per quanto concerne i beni di cui il defunto abbia disposto tra vivi o per testamento, distinzione alcuna a fare tra quelli che egli abbia ricevuti per donazione tra vivi da uno dei suoi ascendenti (*beni donati*) e quelli che provengano da altra origine (*beni personali*). Questa regola si applica non solo al caso in cui l' ascendente donante si trovi escluso dalla successione ordinaria, ed al caso in cui vi si trovi chiamato egli solo, ma eziandio al caso in cui vi sia chiamato in concorso con altri ascendenti, sia della linea sua, sia dell'altra linea (1).

Nella seconda ipotesi, vale a

(1) La regola enunciata nel testo non è contraddetta che nel caso in cui l'ascendente donante trovisi chiamato alla successione ordinaria in concorso con altri ascendenti. Toullier, Grenier e Belost-Jolimont sostengono che la riserva degli ascendenti non donanti si debba, nel caso di cui trattasi, calcolare solamente sui beni personali. Abbiamo di già anticipatamente confutato il principio che serve di base a questo sistema. Ci rimane il far conoscere i dispareri che esistono tra' partigiani di questo sistema, intorno al regolare i dritti dell' ascendente donante, quando sienvi ascendenti nella linea a cui egli non appartiene. Secondo Grenier, l'ascendente donante avrebbe dritto, riguardo a' beni donati, ad una riserva della metà, come rappresentante le due linee nella successione anomala relativa a tali beni. Per contrario, secondo Toullier e Belost Jolimont, l'ascendente donante non avrebbe diritto, anche riguardo a' beni donati, che ad una riserva di un quarto. L'opinione di Grenier è inammessibile ; poichè la successione anomala dei beni donati è attribuita all' ascendente nella sua qualità di donante, vale a dire, fatta astrazione dai principi che regolano la devoluzione della successione ordinaria, e specialmente da quello della divisione dell'eredità tra le linee ; donde risulta che la finzione, in virtù della quale l' ascendente sarebbe riguardato come se riunisse sulla sua testa i dritti delle due linee, è respinta dalla natura stessa della riversione legale. *Fictio inducit contra rei veritatem, sed non contra naturam.* Circa l'opinione di Toullier e di Belost-Jolimont, essa va confutata sufficientemente dal risultamento cui mena, per quanto concerne l'estensione della quota disponibile. Di fatti, se la riserva degli ascendenti non donanti, e quella dell'ascendente donante come erede ordinario, dovessero calcolarsi solamente sopra i beni personali, e se la riserva dell' ascendente donante in tal qualità non fosse che del quarto dei beni donati, la quota disponibile sarebbe necessariamente maggiore della metà della massa totale, poichè comprenderebbe, oltre la metà dei beni personali, i tre quarti dei beni donati. Or questo risultamento, che Toullier sembra non abbia ravvisato, è evidentemente contrario all'artic. 831; ed è probabile che avesse fatto rivenire Belost-Jolimont dalla sua opinione, se, per un inconcepibile errore di calcolo, quest'autore non fosse stato menato a supporre che sempre i donatarii ed i legatari non prenderebbero, a titolo di quota disponibile, che la metà della massa totale. Le osservazioni che abbiamo ora presentate

dire, allorchè i beni donati esistano ancora in tutto o in parte nell'eredità, l'ascendente donante è, in ogni stato di causa, autorizzato a riprenderli a condizione di contribuire proporzionatamente ai debiti ed ai pesi della eredità: e la riserva, sia di questo ascendente, sia degli altri, non si calcola che sulla massa dei beni rimasti, dopo la deduzione di quelli dei quali sia stato esercitato il riprendimento (1).

Per facilitare l'applicazione di questa regola, si distingueranno i tre casi seguenti:

1. Che l'ascendente donante si trovi escluso dalla successione ordinaria da un ascendente più prossimo. In questo caso, supponendo che vi sieno ascendenti nelle due linee, e che il patrimonio del defunto si componga di 20,000 fr. di beni donati ancora esistenti, e di 20.000 fr. di beni personali di cui egli abbia disposto, queste due classi di beni dovranno contribuire in proporzione del loro valore rispettivo, vale a dire, per metà, al pagamento della quota disponibile, che nella specie è di 20.000 fr. I 10.000 fr. rimanenti dai beni donati saranno ripresi dall'ascendente donante, ed i 10.000 fr. rimanenti dei beni personali si divideranno per metà tra gli ascendenti riservatarii delle due linee, la cui riserva, la *quale deve* essere calcolata su questi beni soltanto, è effettivamente di 10,000 fr. (2). Se non esistesse l'ascen-

rendono compiuta la dimostrazione del secondo dei principii stabiliti nel testo, facendo vedere che il sistema contrario ha gittato gli autori che l'hanno adottato in difficoltà insolubili.

(1) Questa proposizione non è suscettiva di alcuna difficoltà, riguardo alla riserva degli ascendenti non donanti; percioechè essi sono esclusi da ogni partecipazione a' beni soggetti all' esercizio della riversione successoria, e non possono avere alcuna riserva ad esercitare sui beni relativamente a' quali non competa loro verun dritto di successione *ab intestato*. Artic. 821. Di fatti tutti gli autori sono di accordo sopra questo punto. La stessa proposizione dev'essere ammessa per quanto concerne la riserva dell'ascendente donante, allorchè trovisi chiamato alla successione ordinaria; poichè egli non ha, in qualità di donante, alcuna riserva speciale ad esercitare, e quella cui ha dritto, come erede ordinario, non può evidentemente essere calcolata che *sui* beni a' quali egli è chiamato a *succedere* a questo titolo.

(2) La sola obbiezione che potrebbesi fare contro questo modo di procedere, sarebbe quella di dire che il defunto non avendo disposto dei beni donati, l' ascendente donante sia nel dritto di riprenderli nella totalità. Ma, se fosse così, bisognerebbe, sia negare ogni sorta di riserva all'ascendente erede ordinario, o, per lo meno, restringerla, sia diminuire la quota disponibile, non calcolandola che sui beni personali. Or questi due risultamenti sono ugualmente inammessibili. Appunto perchè l'ammontare della quota disponibile è indipendente dall'origine dei beni che componevano il patrimonio del defunto, essa costituisce un peso comune a' beni donati ed a' beni personali, e conseguentemente dev' essere fornita da queste due classi di beni nella proporzio-

dente erede ordinario che nella linea cui appartiene il donante, la quota disponibile, che sarebbe di tre quarti, o sia, di 30,000 fr., dovrebbe essere ancora somministrata metà da' beni donati e metà dai beni personali, in guisa che il donante e l'ascendente riservatario riceverebbero ciascuno 5,000 fr. (1).

2. Che il donante sia il solo ascendente che venga chiamato alla successione ordinaria. In questo caso supponendo eziandio che il patrimonio del defunto si componga di 20,000 fr. di beni donati tuttavia esistenti, e di 20,000 fr. di beni personali di cui egli abbia disposto, la quota disponibile sarà di tre quarti della massa riunita di questi beni, vale a dire, di 30,000 fr., i quali dovranno essere forniti, metà dai beni donati, e metà dai beni personali. L'ascendente dunque avrà 5,000 fr. sui beni della prima specie, in virtù del suo diritto di riversione, ed una eguale somma per la sua riserva del quarto, calcolata esclusivamente sui beni della seconda specie (2).

3. Che l'ascendente donante si

ne del loro valore rispettivo. Ciò posto, qualunque sia questa proporzione, il nostro modo di procedere lascerà sempre intatta la riserva degli ascendenti eredi ordinarii; perciocchè la contribuzione alla quale saranno soggetti i beni personali non sarà giammai che della metà o dei tre quarti del valore di tali beni.

(1) Può sembrar singolare che lo ascendente donante raccolga, in questa ipotesi, solamente 5,000 fr., mentre ne ottiene 10,000 quando esistano ascendenti nelle due linee. Ciò dipende da che, essendo maggiore la quota disponibile quando non esistano ascendenti riservatarii se non in una linea, i beni donati debbono appunto perciò contribuirvi in una proporzione più forte. Da altronde, l'ascendente donante non ha a dolersi; perchè il suo diritto di riversione legale non è garentito da veruna riserva, e il defunto avrebbe potuto privarnelo interamente, disponendo dei beni donati. È questo ancora uno di quei casi in cui l'esistenza d'un terzo può produrre l'effetto di migliorare la posizione di un'altra persona.

(2) Chabot sull'art. 670, n. 15, 6; Belost-Jolimont *luogo cit.*, Toullier (V, 129), e Duranton (VI, 228), occupandosi di questa ipotesi, insegnano che la riserva dell'ascendente donante debba calcolarsi sulla massa riunita dei beni donati e dei beni personali, ma che egli sia tenuto ad imputare, sulla sua riserva così calcolata, il valore dei beni che egli riprende in virtù della riversione legale; in guisa che, se questo valore eguagli o ecceda la riserva, egli non abbia più altro a reclamare. Benchè questo sistema meni nella specie a' medesimi risultamenti pratici che il metodo indicato nel testo, pure abbiamo stimato di doverlo rigettare, perchè, in altre circostanze, trascina conseguenze inammessibili, e perchè d'altronde è fondato sopra idee inesatte nella teoria. Di fatti, la qualità di donante e quella d'erede di riserva essendo distinte l'una dall'altra, benchè si trovino accidentalmente riunite nella stessa persona, e il dritto di riversione successoria dovendosi esercitare indipendentemente dal dritto di riserva, non è possibile di calcolare la riserva sopra i beni che formino l'oggetto della riversione successoria

trovi chiamato alla successione ordinaria in concorso con altri ascendenti. Se il defunto abbia lasciati, con l'ascendente donante, ascendenti nell'altra linea, ed il suo patrimonio si componga di 20.000 fr. di beni donati ancora esistenti, e di 60,000 fr. di beni personali di cui egli abbia disposto, la quota disponibile, la quale sarà di 40,000 fr., dovrà essere fornita, per un quarto, dai beni donati, e per tre quarti, dai beni personali. L'ascendente donante prenderà i 10.000 fr. residuali dei beni donati; e dividerà per metà con gli ascendenti dell' altra linea la riserva, che, esclusivamente calcolata sui beni personali, sarà di 30.000 fr. Egli otterrà dunque in tutto 25,000 fr., e gli ascendenti dell'altra linea otterranno 15,000 fr. (1). Se l'ascendente, con cui il donante

come non è possibile, da un altra parte, di sottoporre il donante all' obbligo d' imputare ciò che egli prenda a questo titolo, sulla riserva.

(1) Questo caso presenta, agli occhi di Duranton (VI, 229), delle difficoltà che egli non esita di dichiarare insolubili. Nondimeno, egli propone, disperando di sciorle, un mezzo conciliativo il quale sembra di menare allo stesso risultamento che il metodo indicato da Belost-Jolimont, *luogo cit.* Secondo quest'ultimo autore, dopo di essersi calcolata la riserva dell'ascendente donante sulla massa riunita dei beni donati e del beni personali, e la riserva dell'altro ascendente sopra questi ultimi beni soltanto, si deve lasciar pervenire ai donatarii ed ai legatarii ciò che resti libero dopo la prelevazione di queste due riserve. Così, nella specie indicata nel testo, l'ascendente donante avrebbe dritto ad una riserva di 20.000 fr. formante il quarto della massa totale dei beni, riserva, della quale si soddisfarebbe col riprendere i beni donati. L'altro ascendente riceverebbe 15.000 fr., formanti il quarto del 60,000 fr. di beni personali, e il rimanente della massa con 45,000 fr. riverrebbe a' donatarii ed ai legatarii. E qui appunto si rilevano i vizii del sistema che abbiamo combattuto nella nota precedente. Di fatti, come mai sarebbe possibile d' ammettere che la quota disponibile possa, nella specie, essere maggiore della metà della massa totale dei beni del defunto, a cagione della circostanza che costui avesse ricevuto parte di questi beni da uno dei suoi ascendenti? E non è forse evidente, che se questa circostanza fosse di natura tale da influire sulla determinazione della quota disponibile, essa dovrebbe piuttosto produrre l'effetto di diminuirla, anzi che di aumentarla? D'altronde, la separazione del patrimonio del defunto in due masse, di cui l'una si compone dei beni donati, e l'altra dei beni personali, non si fa che nell' interesse dell'ascendente donante il quale esercita il suo dritto di riversione, e per regolare i suoi rapporti cogli altri ascendenti. Essa dunque deve, secondo la natura stessa delle cose, essere estranea alla determinazione dei dritti dei donatarii e dei legatarii. Dicesi per verità che la disponibile comprenda tutto ciò che non sia assorbito dalla riserva, e che in conseguenza i donatarii ed i legatarii debbano prendere tutto quello che rimane, fatta deduzione della riserva dell'ascendente donante, calcolata sulla massa riunita dei beni donati e dei beni personali, e della riserva dell'altro ascendente calcolata soltanto sopra i beni di questa

si trovi in concorso, appartenga alla stessa linea sua, e non ne esistano nell'altra linea, la quota disponibile essendo di tre quarti, vale a dire, di 60,000 fr. ed i beni donati dovendo sempre contribuirvi per un quarto, vale a dire, per 15,000 fr., l'ascendente donante riprenderà su questi beni 5,000 fr. soltanto. Egli dividerà poscia la riserva del quarto su' 60,000 fr. di beni personali con l'altro ascendente: il che darà a lui altri 7,000 fr., ed una simile somma spetterà a quest'ultimo.

Le regole dianzi sviluppate, sui tre casi che vanno compresi nella seconda ipotesi, dovranno ricevere applicazione, sia che avendo il defunto ecceduto la quota disponibile, si tratti di far ridurre le sue disposizioni, sia che abbia puramente donata questa quota (1); e poco importa ancora, che queste liberalità abbiano per oggetto somme di danaro o valori determinati solamente in quanto alla loro specie, ovvero che esse versino sopra i beni personali nominatamente designati (2).

612 2. Dei casi nei quali la quota disponibile è o maggiore o minore che la riserva, o sia, della quota indisponibile di diritto eccezionale. — a. Della quota di beni della quale i minori possono disporre per testamento.

I minori, assolutamente incapaci di donare tra vivi, non pos-

ultima specie. Risponderemo che non è esatto il dire in un modo assoluto, che tutto ciò che non formi oggetto di una riserva sia per questa sola ragione disponibile. D' altronde, nell' applicarsi quest' idea nella specie, si perde di veduta che l' ascendente donante non ha bisogno d' invocare una riserva per riprendere i beni donati esistenti tuttavia nella successione; e il favore che sembra di farglisi accordandogli un dritto di riserva sopra questi beni, tende nientemeno che a fargli perdere il suo dritto di riversione. Di due dritti che gli competono a titoli diversi non se gliene lascia che un solo. Aggiungiamo che questo sistema presenta una palpabile inconseguenza, in quantochè, mentre si oppone agli ascendenti non donanti l' apertura del dritto di riversione per restringere la loro riserva ai beni personali, si nega intanto all'ascendente donante l'esercizio di un tale diritto. Se gli autori che combattiamo sonosi trovati nella necessità di ricorrere ad un espediente il quale è respinto da principii che sembrano incontrastabili, ciò è avvenuto perchè essi non hanno notato che l' ascendente donante non può giammai esercitare il suo dritto di riversione se non col peso di contribuire al pagamento della quota disponibile.

(1) Se le disposizioni fatte dal defunto fossero inferiori alla quota disponibile, si rientrerebbe nell'applicazione delle regole ordinarie sul caso di concorso tra la successione ordinaria e la successione privilegiata dell'ascendente donante.

(2) La circostanza di avere il defunto disposto di alcuni beni personali nominatamente designati, non toglie che la quota disponibile sia un peso comune al complesso del patrimonio che egli possedeva, e che debba conseguentemente essere sopportata in una data misura dai beni donati: Confr. Belost Jolimont, *luogo cit. in fine*.

sono, giusta l'art. 820, disporre per testamento se non della metà dei beni di cui potrebbero disporre se fossero maggiori. Di qui risulta, che la porzione indisponibile pel minore è di sette ottavi del suo patrimonio, allorchè egli lasci tre figli ovvero un numero maggiore; di cinque sesti, quando ne lasci due; di tre quarti, se lasci un sol figlio, o se, in mancanza di figli, lasci ascendenti; e finalmente, della metà, quando non lasci che collaterali o successori irregolari (1).

La quota indisponibile così determinata secondo il numero e la qualità degli eredi o successori irregolari che il minore lasci nel tempo della sua morte, resta invariabilmente fissata a questa misura, malgrado i cangiamenti che le rinunzie o le esclusioni per causa di indegnità potessero apportare alla devoluzione o alla divisione dell'eredità (2).

La quota di beni, della quale l'art. 820 interdice la disposizione al minore, non costituisce una riserva a vantaggio dei suoi collaterali, e molto meno ancora a vantaggio dei suoi successori irregolari (3). Essa non può neppure essere considerata come aumentante la riserva dei discendenti e degli ascendenti per la parte di cui essa ecceda questa riserva (4).

Segue da ciò, che la quota di beni, della quale il minore non può disporre, costituisce pei suoi una successione *ab intestato* ordinaria, la cui divisione dee farsi secondo le regole del dritto comune in materia di successione, eccetto, nondimeno, se una simile divisione non dia agli eredi di riserva la porzione di beni la quale loro spetta in tale qualità. Questa conseguenza dev' essere ammessa, anche nel caso in cui il minore abbia lasciati ascendenti in una linea e collaterali nell'altra. Se dunque, in siffatta ipotesi, il minore abbia istituito un

* (1) La superiore dimostrazione non è del tutto conforme alle nostre leggi. Vedi art. 829.

(2) Bourges, 21 agosto 1839, Sir., XXXIX, 2, 529.

(3) Se la legge non permette al minore di disporre che d'una parte di ciò onde un maggiore potrebbe disporre, essa lo fa per proteggerlo contro la sua propria debolezza, e non già nell' interesse di tali o di tali altre persone che sarebbero chiamate a raccogliere la eredità di lui. In altri termini, la restrizione cui soggiace il minore come tale, relativamente alla quota di beni di cui gli è permesso di disporre per testamento, deriva da ciò, che la legge non riconosce in lui una capacità piena ed intera, e non ha in verun modo per oggetto di garentire in una maniera speciale il dritto di successione di dati eredi.

(Quando il minore, giunto all'età di sedici anni, disponga per testamento della quota disponibile, e muoia dopo di essere pervenuto alla sua maggior età, questo testamento dee valere, non per l' intero, ma per la metà soltanto, conformemente allo art. 820 del Codice civile. Brusselles, cass., 3 febbraio 1829 (*Giur. di B.*, 1823, 1, 24); Dalloz, t. IX.

(4) Questa proposizione è una conseguenza necessaria della precedente. Poitiers, 22 gennaio 1828, Sir., XXX, 2, 90.

legatario universale, costui prenderà i tre ottavi dell'eredità, e gli altri cinque ottavi si divideranno per metà tra gli ascendenti ed i collaterali (1). Avverrebbe lo stesso, quantunque il medesimo ascendente fosse stato istituito legatario universale (2).

(1) Toullier, V, 117. Grenier, II, 583 e seg. Duranton, VIII, 191 e seg. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. V, Angers, 16 giugno 1825. Sir., XXVI, 2, 110. Due altri sistemi sono stati proposti intorno alla divisione della quota indisponibile nell'ipotesi di che si tratta. Secondo il primo, questa divisione dovrebbe farsi tra gli ascendenti ed i collaterali, nella proporzione secondo la quale il minore avrebbe potuto, se fosse stato maggiore, disporre a danno di ciascuna di queste classi di eredi. Ammettendo un tal modo di divisione, gli ascendenti avrebbero dritto ad un quarto a titolo di riserva, e più alla metà di un altro quarto, in virtù dell'art. 820. Il che darebbe loro in tutto tre ottavi; ed i collaterali riceverebbero solamente il quarto dell'eredità, vale a dire, la metà della loro porzione ereditaria *ab intestato*: porzione di cui un maggiore avrebbe potuto privarli interamente. Giusta il secondo sistema, gli ascendenti comincerebbero dal prelevare la loro riserva di dritto comune, e il dippiù della quota indisponibile si dividerebbe in eguali parti tra essi ed i collaterali. Con questo metodo gli ascendenti prenderebbero un quarto, e più tre sedicesimi, ed i collaterali riceverebbero solo tre sedicesimi. Entrambi questi sistemi debbono essere rigettati pei seguenti motivi: 1. Essi suppongono amendue, che l'art. 820 abbia regolata la quota disponibile del minore sotto un rapporto distributivo, e che le parole: « la metà dei beni che la legge permette di disporre » debbano intendersi della metà dei beni che sarebbero spettati personalmente a ciascuno degli eredi. Or questa supposizione snatura evidentemente il testo dell'art. 820 le espressioni del quale sono chiare, e il quale benchè determini la disponibile del minore per via di comparazione con quella del maggiore, lo ha però fatto in una maniera assoluta, vale a dire, senza aver riguardo alla tale o alla tale altra classe di eredi, e soprattutto senza occuparsi del modo di divisione della porzione indisponibile trai diversi eredi che il minore potrebbe lasciare. 2. I due sistemi che combattiamo ammettono gli ascendenti a prelevare, a titolo di riserva, una parte dell'eredità, nei casi in cui, mercè la divisione eguale coi collaterali dell'altra linea, essi venissero forniti, ed anche al di là, della loro riserva: il che è contrario ad un tempo stesso ed alla regola stabilita nell'art. 673, comma 1 ed alla disposizione del secondo comma dell'art. 831 giusta il quale gli ascendenti non hanno dritto ad una riserva che nei casi in cui la divisione, fatta conformemente all'artic. 673, comma 1, non dia loro la quota di beni nella quale questa riserva è fissata. Vedi nondimeno, nel senso della seconda di queste opinioni: Levasseur, n. 55; Delvincourt, sull'art. 820.

(2) In effetti, questa circostanza non deve influire nè sulla determinazione della quota indisponibile, nè sulla divisione di questa quota tra l'ascendente ed i collaterali. Lo erede donatario o legatario a titolo di precapienza non può, in tale qualità, aver dritti maggiori di un estraneo. Confr. artic. 832, 841 e 785. Poitiers, 22 gennaro 1828. Sirey, XXX, 2, 90. Nondimeno, la Corte

Segue ancora dalle spiegazioni date di sopra, che gli ascendenti eredi di riserva non possono più reclamare cosa alcuna

reale di Bourges, 28 gennaro 1831, Sir., XXXI, 2, 300) e quella d' Aix (9 luglio 1838, Sir., XXXVIII, 2, 505) hanno giudicato, che l' ascendente legatario universale, il quale si trovasse in concorso con collaterali, avrebbe dritto, come legatario, alla metà dell'eredità, e come erede, alla metà dell'altra metà, vale a dire, in tutto, a' tre quarti dell'eredità. L'arresto della Corte di Bourges essendo stato pronunziato per applicazione del primo dei sistemi che abbiamo combattuto nella nota precedente, non dobbiamo perciò ulteriormente confutarlo. Quanto alla decisione della Corte reale di Aix, essa è fondata sul seguente ragionamento: Se il minore, in luogo di avere lasciato un ascendente per erede in una linea, vi avesse lasciato un collaterale, per esempio, un cugino, egli avrebbe potuto incontrastabilmente legargli la metà del suo patrimonio, e l' altra metà sarebbe stata divisa tra lui ed i parenti dell' altra linea, di maniera che il cugino avrebbe avuto, nella sua doppia qualità di legatario universale e di erede, tre quarti della successione. A maggior ragione dev'essere lo stesso per un ascendente, perchè l'ascendente ha una capacità di ricevere, estesa, per lo meno, quanto quella d' un collaterale. Pretendere il contrario, sarebbe lo stesso che ritorcere contro dell' ascendente quella riserva che la legge ha stabilita in favor suo. Per quanto specioso sia questo ragionamento, ben si vede che esso non è fondato, in sostanza, fuorchè sulla supposizione che l'art. 820 abbia regolata la quota indisponibile pel minore in un modo distributivo, ed avuto riguardo a' beni che, in mancanza di disposizioni, sarebbero spettati a ciascun dei suoi eredi individualmente: supposizione di cui abbiamo dimostrata l' inesattezza nella nota precedente. In effetti, siccome quest'articolo, fissando la quota indisponibile in un modo assoluto, non ha inteso di attribuirla distributivamente a diversi eredi in proporzione della quota di beni della quale avrebbero potuto essere privati da un maggiore, non può dirsi che i collaterali, i quali domandino la divisione per metà di questa quota indisponibile, ritornano contro l' ascendente medesimo la riserva che la legge attribuisce. Essi invocano semplicemente le regole generali stabilite dagli art. 673, comma 1, ed 831; poichè non trattasi più in realtà che d' una successione *ab intestato* ordinaria. Aggiungeremo, che non dipende da un erede di riserva, il quale sia nel tempo stesso donatario o legatario a titolo di precapienza, il fare astrazione dalla sua esistenza o dalla sua qualità per sostenere che la quota disponibile debba essere calcolata, come se egli fosse un estraneo. Siffatta quota dee rimanere la stessa, poco importando che essa sia stata donata ad un erede di riserva o ad un estraneo; e se, in queste date circostanze, l'esistenza d'un erede di riserva il quale sia in pari tempo donatario o legatario produce il risultamento di far ridurre, in suo proprio pregiudizio, la quota disponibile al di sotto della porzione che, in mancanza di lui avrebbe potuto essere data ad un estraneo, non può dirsi che i suoi coeredi eccepiscano contro di lui del suo dritto di riserva. Tutto al più, se così vogliasi, la legge stessa è quella che ritorce contro di lui, come legatario o donatario, la sua qualità di erede di riserva. Vedi nondimeno, nel senso della decisione che abbiamo confutata: Grenier, II,

in questa qualità, tostochè, per la divisione fatta coi collaterali, essi sian forniti della loro riserva, tale quale trovasi fissata dagli art. 829 ed 831. Così allorchè il padre e la madre del minore siano in concorso con un legatario universale, e con fratelli e sorelle o discendenti da costoro, ciascuno dei genitori non ha dritto che ad un quarto della successione; il terzo quarto spetta ai fratelli ed alle sorelle del minore, e l'ultimo quarto al legatario universale (1).

613 b. Della quota disponibile di beni tra coniugi che non abbiano figli da un precedente matrimonio (2).

L'art. 1094 (franc.) regola nel seguente modo la quota di beni della quale un coniuge maggiore (3), non avente figli da una precedente unione, è autorizzato a disporre a vantaggio del suo coniuge, sia per contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, con atto tra vivi o con testamento:

1. Il coniuge che lasci ascendenti può donare al suo coniuge non solo la quota di beni della quale potrebbe disporre in favore di un estraneo, ma inoltre lo usufrutto di tutta la porzione, che, secondo il diritto comune, forma la riserva di questi ascendenti (4).

2. Il coniuge che lasci figli o discendenti, può disporre a vantaggio del suo coniuge, sia di un quarto in piena proprietà, e di un altro quarto in usufrutto, sia della metà di tutti i suoi beni in usufrutto soltanto (5).

L'art. 1094 (franc.), le cui di-

583, ed una decisione della Corte reale di Riom del 15 marzo 1824, riportata da questo autore.

(1) Toullier, V, 117. Duranton, VIII, 193.

* (2) L'art. 1094 del Codice francese non ha corrispondenza nelle nostre leggi, quindi nella maggior parte inapplicabili le soluzioni date nel testo, che abbiamo conservato non per l'utile, ma pel rispetto allo autore.

(3) Il coniuge minore non può, durante il matrimonio, disporre per testamento a vantaggio del suo coniuge, se non della metà di ciò che potrebbe legargli, se fosse maggiore. In simile caso, bisogna combinare le disposizioni dell'articolo 1094 (franc.) con quelle dell'articolo 820.

(4) Risulta da questa proposizione, la quale ripete in altri termini la disposizione del primo comma dell'art. 1094 (franc.), che il coniuge minore, il cui dritto di disporre trovasi ridotto alla metà per virtù dell'art. 820 non può, quando lasci ascendenti, legare in usufrutto al suo coniuge, che la metà della porzione riservata a questi ultimi, e non la metà di tutta la quota indisponibile Tolosa, 28 novembre 1841, Sirey, XLII, 2, 124.

(5) Siccome il quarto in piena proprietà ed un altro quarto in usufrutto comprendono, ed al di là, la metà in usufrutto, così si è voluto sostenere, che per dare un senso ragionevole alle espressioni finali del secondo comma dell'art. 1094 (franc.), bisognasse intendere pel vocabolo *proprietà*, che trovasi nello stesso comma, la nuda proprietà soltanto. Aggiungevasi a sostegno di questa interpetrazione, che la parola *proprietà*, adoperata nello stesso testo, in opposizione alla parola *usufrutto*,

sposizioni sono fondate sul favore che attiransi ai rapporti che il matrimonio fa nascere tra' coniugi, ha avuto evidentemente per oggetto lo estendere i limiti della disponibile ordinaria. Deesi da ciò conchiudere, che i coniugi possono, in tutti i casi, disporre a vantaggio l'uno dell'altro, della quota di beni che essi avrebbero avuto la facoltà di dare ad ogni altra persona. Così, il coniuge che lasci un sol figlio può donare al suo coniuge la metà di tutti i suoi beni in piena proprietà (1).

non s'intenda, in generale, che della nuda proprietà. Ma per quanto speciose possano essere queste ragioni, non conviene arrestarvisi. In effetti, è evidente che nel primo comma dell'art. 1094 (franc.), la parola *proprietà* è presa nel senso di piena proprietà; e non potrebbesi ammettere che i compilatori del Codice civile avessero voluto, in uno stesso articolo, attribuire a siffatto vocabolo un significato talora più esteso e talora più ristretto. Sembra che essi abbiano inserite nello art. 1094 (franc.) le espressioni finali: *o la metà dei beni in usufrutto soltanto*, per dinotare un'alternativa di cui i coniugi preferirebbero spesso di far uso, piuttosto che donare in piena proprietà. Grenier, II, 585. Toullier, V. 866, nella nota. Duranton, IV, 788. Brusselles, 2 luglio 1810, Sir., XI, 2, 335.

(1) Benech, *op. cit.* Noi siamo, intorno a questo punto, in opposizione colla maggior parte degli autori e colla giurisprudenza, i quali, movendo dall'idea che il secondo comma dell'art. 1094 (franc.) stabilisca in una maniera invariabile la quota disponibile tra coniugi aventi figli comuni, decidono che un coniuge non possa, anche quando lasci un solo figlio, disporre a vantaggio del suo coniuge, se non di un quarto in piena proprietà e di un altro quarto in usufrutto. Vedi: Delvincourt, II, 65; Toullier, V, 869; Grenier, II, 584; Duranton, IX, 787; Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. VI, n. 1; Vazeille, *delle successioni e delle donazioni*, III, 47; Proudhon, *dell'Usufrutto*, I, 355; Guilhon, n. 259; Rolland de Villargues, *Repertorio del notariato*, v. Porzione disponibile, n. 149; Poujol, sull'artic. 1094 (franc.), n. 5; Nimes, 10 giugno 1807, Sir., VII, 2, 1166; Rioin, 8 marzo 1842, Sir., XLII, 2, 234; Montpellier, 8 marzo 1842, Sirey, XLIII, 2, 220. Ma questa opinione è in manifesta opposizione col motivo sul quale sono fondate le disposizioni dell'art. 1094 (franc.). In fatti, quest'articolo ha elevata la disponibile tra coniugi al di sopra della quota disponibile ordinaria, non solo nel caso in cui il coniuge disponente lasci soltanto ascendenti, ma eziandio nel caso in cui lasci due figli o un numero maggiore. Or come mai spiegare questa derogazione al dritto comune, se non pel favore che meritano i rapporti che il matrimonio stabilisce tra coniugi? E se così è, non può supporsi ragionevolmente che i compilatori del Codice civile abbiano voluto, nel solo caso dell'esistenza d'un figlio unico, ridurre la disponibile tra coniugi al disotto della misura della quota disponibile ordinaria. Il pretenderlo, è lo stesso che attribuire loro una inconseguenza, tanto più riprovevole, in quantochè se l'esistenza di figli avesse dovuto essere un motivo da ridurre la disponibile tra coniugi, questo motivo si presenterebbe con maggior forza nel caso di esistenza di più figli, che in quello dell'esistenza di un figlio

Se uno dei coniugi avesse fatto a vantaggio dell'altro coniuge o una disposizione universale in piena proprietà, o una disposizione avente per oggetto la quota disponibile senz' altra indicazione, il coniuge donatario o legatario avrebbe dritto alla disponibile più estesa (1). Così, nel caso in cui il defunto avesse lasciati tre figli, il coniuge sopravvivente potrebbe reclamare un quarto in piena proprietà ed un altro quarto in usufrutto. Così ancora, nel caso in cui il defunto non avesse lasciati che ascendenti, il coniuge superstite avrebbe dritto a dimandare, oltre la porzione disponibile ordinaria, l'usufrutto della quota di beni riservata agli ascendenti (2).

Ma, se uno dei coniugi avesse fatto a favore dell' altro una disposizione universale in usufrutto soltanto, quest'ultimo non potrebbe, in caso di esistenza di uno o più figli, reclamare altro che l'usufrutto della metà del patrimonio del defunto, senza essere ammesso a chiedere, in via di tramutazione, e secondo le circostanze, il rilascio, sia di una metà o di un terzo in piena proprietà, sia di un quarto in piena proprietà e di un altro quarto in usufrutto (3).

Finalmente nel caso in cui uno dei coniugi avesse disposto a favore dell'altro, sotto l'alternativa indicata dall'art. 1094 (franc.), ma senza deferirgliene la scelta, gli eredi del coniuge disponente avrebbero la facoltà di rilasciare al coniuge donatario o legatario, sia un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto, sia

unico. Ciò posto, la quistione si riduce a sapere se il testo dell'artic. 1094 (franc.) sia talmente assoluto, che debbasi necessariamente applicarlo al caso in cui non esista se non un solo figlio, malgrado l' inconseguenza cui menerebbe una tale applicazione. Or se è cosa insulta il sostenere, come lo hanno fatto alcune persone, che il legislatore facendo uso della parola figli nel plurale, abbia avuto precisamente in mira lo escludere il caso dell'esistenza di un solo figlio; è nondimeno permesso di supporre che questo caso non era presente al suo pensiero nel momento della compilazione di questo articolo: e, a parer nostro, non vi è a bilanciare tra la supposizione di un oblio e quella di una inconseguenza. Altre considerazioni non meno possenti vengono ancora in sostegno dell' opinione emessa nel testo. Noi non possiamo far meglio che rimandare, riguardo a ciò, all' eccellente opera di Benech, il quale per l'analisi dei travagli preparatorii del Codice, e per la comparazione della compilazione facoltativa dell' articolo 1094 (franc.), opposta alla compilazione proibitiva degli art. 829 e 1052, ha virtuosamente dimostrata l'esattezza dell'interpetrazione che abbiamo adottata.

(1) Toullier, V, 867. Duranton, IX, 790. Grenier, II, 450. Vazeille, sull'art. 1094 (franc.), n. 11.

(2) Agen, 11 dicembre 1827, Sir., XXIX, 2, 74. Ric. rig., 30 giugno 1842, Sir., XLIII, 1, 532. Civ. rig., 3 aprile 1843, Sir., XLIII, 1, 280. Vedi nondimeno: Agen, 28 novembre 1827, Sir., XXVIII, 2, 99.

(3) Proudhon, *dell' Usufrutto*, I, 345. Bourges, 12 marzo 1839, Sir., XXXIX, 2, 473. Angers, 8 luglio 1840, Sir., XL, 2, 391.

una metà in usufrutto soltanto (1).

Le disposizioni fatte da uno dei coniugi a vantaggio dell'altro, sia direttamente, sia indirettamente, ma per mezzo di atti non mascherati, sono, se esse sorpassino la quota disponibile determinata dall'artic. 1094 (franc.), semplicemente riducibili alla misura di questa quota. Art. 1053, comma 1. Quanto alle liberalità mascherate o fatte a persone interposte, esse sono nulle pel tutto, sia che eccedano, sia che non eccedano la quota disponibile di cui si è ora parlato (2). Articolo 1053 comma 2. Nondimeno, questa nullità non potrebb'essere proposta, nel caso in cui nessuna parte del patrimonio del disponente si trovasse colpita d'indisponibilità (3). Del resto, le presunzioni d'interposizione di persone, stabilite dall'art. 1054, debbono egualmente ricevere qui la loro applicazione.

Allorchè uno dei coniugi abbia disposto, non solo a vantaggio del suo coniuge, ma ancora a favore di altre persone, la coesistenza di queste disposizioni fa sorgere le quistioni di sapersi, se la disponibile eccezionale fissata dall'art. 1094 (franc.) possa, se non cumularsi, almeno concorrere colla disponibile ordinaria, secondochè è stabilita dagli art. 829 ed 831; in quali limiti questo concorso possa aver luogo; e come si operi, essendone il caso, la riduzione delle disposizioni fatte dal defunto.

Per la soluzione di sì fatte quistioni, è d'uopo attenersi a' seguenti principii:

1. La quota disponibile eccezionale non si cumola colla porzione disponibile ordinaria. In al-

(1) Arg. art. 977. Duranton, IX, 791.

(2) Dimostreremo nel paragrafo seguente, occupandoci dell'art. 1052, che questa doppia proposizione non è che l'esatta parafrasi delle disposizioni dell'artic. 1053. Può senza dubbio sembrar rigoroso lo applicare tali disposizioni al caso di cui si tratta attualmente. Ma, per quanto gravi sieno, sotto l'aspetto legislativo, le obiezioni che si elevano contro questa applicazione, sembraci nondimeno impossibile di potervisi sottrarre a fronte del testo dell'art. 1053. In effetti, se scrivendo quest'ultimo articolo, il legislatore non avesse avuto altro scopo che quello di sanzionare il diritto dettato dall'articolo precedente, egli si sarebbe espresso tutto altrimenti di come ha fatto. In vece di dire: « I coniugi non potranno indirettamente donarsi più di quello che loro è permesso dalle precedenti disposizioni ».: espressioni che si riferiscono così all'art. 1094 (franc.) che all'art. 1052, egli avrebbe detto: « Il coniuge avente figli da un precedente matrimonio non potrà indirettamente donare al suo coniuge: ovvero il coniuge non potrà direttamente donare al suo novello coniuge più di quello che gli è permesso dall'articolo precedente » Aggiungeremo che i motivi, i quali, secondo noi, sono serviti di base all'art. 1053, e che svilupperemo altrove, si applicano, benchè forse con minor forza, tanto a' coniugi uniti in prime nozze, quanto ai vedovi ed alle vedove aventi figli da un precedente matrimonio.

(3) Quindi, essa non può essere invocata nè dal coniuge donante, nè dagli eredi collaterali.

iri termini, non si può dare ad un tempo stesso al proprio coniuge la prima di queste quote, e *la* seconda ad altre persone. Il complesso delle liberalità fatte da uno dei coniugi non può giammai oltrepassare la disponibile più estesa (1).

2. La disponibile eccezionale può concorrere colla disponibile ordinaria. In altri termini, le disposizioni fatte da uno dei coniugi, sia a favore del suo coniuge, sia a favore di altre persone, debbono essere mantenute *ferme*, tanto nell' interesse di queste ultime che nell' interesse del primo, semprechè il complesso di tali disposizioni non oltrepassi la disponibile eccezionale (2), e quelle tra siffatte disposizioni le quali siano state fatte a vantaggio di terzi non oltrepassino la disponibile ordinaria (3). Non vi ha, sotto questo rapporto, alcuna distinzione a fare tra il caso in cui la liberalità fatta in favore del coniuge sia posteriore alle disposizioni fatte a vantaggio di altre persone (4), e il caso in cui essa sia o concomitante (5) o anche anteriore a queste dispo-

(1) Il sistema di cumulare la disponibile dell'art. 1094 (franc.) con quella degli art. 829 ed 831, menerebbe a conseguenze evidentemente inammessibili. Così, per esempio, se una persona avente un solo figlio potesse, dopo di aver donata ad e*stranei* la metà di tutti i suoi beni, donare inoltre al suo coniuge un terzo quarto in piena proprietà e l'ultimo quarto in usufrutto, la riserva del figlio si troverebbe ridotta ad un quarto in nuda proprietà, e sarebbe in tal guisa ad un di presso illusoria. Grenier, II, 584. Delvincourt, II, 221. Toullier, V, 870. Duranton, IV, 793. Tolosa, 20 giugno 1809, Sir., X, 2, 13. Civ. rig., 20 luglio 1813, Sir., XIII, 1, 441. Civ. cass., 21 novembre 1842, Sir., XLII, 1, 887. Vedi nondimeno: Aix, 27 agosto 1810, Sir., XI, 2, 112.

(2) Questo principio è oggidì generalmente ammesso, e non si discute più che sulla quistione di sapersi, se esso sia indistintamente adattabile, qualunque fossero le date rispettive delle disposizioni fatte a vantaggio del coniuge e delle liberalità fatte a favore di altre persone.

(3) Questa seconda condizione è fondata sul riflesso che i terzi non possono ricevere più della disponibile ordinaria, in virtù di un'estensione che non è stata stabilita a loro vantaggio.

(4) L' applicazione del principio stabilito nel testo non è contraddetto in questo caso.

(5) Benech, *op. cit.* Proudhon, *dell'Usufrutto*, I, 362. Torino, 13 aprile 1810, Sir., XI, 2, 100. Aix, 27 agosto 1810, Sir., XI, 2, 112. Limoges, 24 agosto 1822, Sir., XXII, 2, 261. Lione, 29 gennaro 1824, Sir., XXV, 2, 47. Ric. rig., 3 gennaro 1826, Sir., XXVI, 1, 269. Civ., rig., 18 novembre 1840, Sir., XLI, 1, 90. Vedi nondimeno in senso contrario: Duranton, IX, 786. Aix, 18 aprile 1836, Sir., XXXVI, 2, 421. Per confutare l' opinione di Duranton, è bastevole il fare osservare le difficoltà insormontabili cui essa darebbe luogo per la riduzione delle disposizioni le quali, secondo il suo sistema dovrebbero considerarsi come eccessive. Di fatti, supponiamo che il defunto, avendo lasciati tre figli, abbia col suo testamento disposto a vantaggio del suo coniuge d'un quarto in usufrutto, ed a titolo di precapienza, a favore di uno dei

sizioni (1). È del pari indifferente che le disposizioni fatte a favore di terze persone, lo sieno state in proprietà o in usufrutto

suoi figli, di un quarto in piena proprietà. Secondo Duranton, queste disposizioni sarebbero eccessive, e conseguentemente dovrebbero dare luogo a riduzione. Ma come mai siffatta riduzione si effettuirà? Non vi sono che due modi da procedervi: è mestieri o farla gravitare esclusivamente sul figlio gratificato a titolo di precapienza, ovvero farla sopportare, proporzionatamente, a questo figlio ed al coniuge. Or il primo modo di riduzione è evidentemente inammessibile a fronte dell'art. 843; e il secondo è incompatibile collo spirito dell'art. 1094 (franc.). Come mai ammettere che il coniuge, il quale avrebbe potuto ricevere un quarto in piena proprietà ed un quarto in usufrutto, senza essere possibile di alcuna riduzione, possa poi trovarvisi sottoposto, quando non abbia ricevuto che un quarto in usufrutto, ed il figlio, gratificato contemporaneamente a lui, non abbia ricevuto più di ciò che poteva ricevere egli stesso? Del resto, Duranton sembra di aver abbandonata la opinione che abbiamo ora combattuta.

(1) Toullier, V, 871 I. *Dissertazione* di Carette e di Villeneuve, *Nuova collezione* VII, 1, 363. Benech, *op. cit.* Lione, 10 febbraro 1836, Sir., XXXVI, 2, 177. Riom, 2 aprile 1841, Sir., XLI, 2, 328. Tolosa, 28 gennaio 1843, Sir., XLIII, 2, 194. Grenoble, 13 dicembre 1843, Sir., XLIV, 2, 100. Confr. nello stesso senso: Delvincourt, II, 221; Grenier, II, 584; Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. VI. Vedi in senso contrario: Duranton, IX, 793 e 796; Proudhon, *dell'Usufrutto*, I, 360; Civ. rig., 21 luglio 1831, Sir., XXXI, 1, 441; Ric. rig., 7 gennaro 1833, Sirey, XXXIII, 1, 306; Agen, 30 agosto 1831, Sir., XXXII, 2. 148; Limoges, 26 marzo 1833, Sir., XXXIII, 2 278; Civ. rig., 21 marzo 1837, Sirey, XXXVII, 1, 273. Civ. cass., 24 luglio 1839, Sir., XXXIX, 1, 663; Besanzone, 7 febbraio 1840, Sir., XL, 2, 105; Civ. rig., 22 novembre 1843, Sir., XLIV, 1, 69. Vedesi, giusta il rilevato dalla giurisprudenza, che la corte di cassazione ha sempre data alla quistione speciale di cui ci occupiamo in questo momento una soluzione contraria a quella che noi abbiamo adottata. La principale considerazione sulla quale essa fondasi, è quella di dire, che se uno dei coniugi, dopo di aver disposto a vantaggio del suo coniuge fino alla concorrenza della quota disponibile fissata dagli art. 829 ed 831, potesse ancor donare ad altre persone la differenza tra questa quota e quella dell'art. 1094 (franc.) siffatte persone profitterebbero di una estensione di disponibile, la quale nondimeno è stata stabilita solamente in favore del coniuge; e che questo risultamento essendo inammessibile, convenga, per quanto riguarda i terzi, fare astrazione della qualità personale del coniuge donatario, ed imputare sulla disponibile ordinaria tutto ciò che egli abbia ricevuto dal suo coniuge. Quest'argomento va confutato mercè le seguenti ragioni: 1. È inesatto il dire che il nostro sistema produca l'effetto di far profittare i terzi donatari dell'estensione data alla quota disponibile dallo art. 1094 (franc.). Essi ne profitterebbero senza dubbio, se dovessero essere ammessi a ritenere una quota di beni maggiore della porzione disponibile ordinaria. Ma, nell'ipotesi di che si tratta in questo momento, non è così. I terzi donatarii, convenuti coll'azione di riduzione fondata sulla circostanza che le

liberalità fatte dal defunto, tanto a loro vantaggio quanto a favore del suo coniuge, eccedono la quota disponibile, si limitano a dire che dal momento in cui si oppongu loro la disposizione fatta al coniuge, essa debbasi prendere tale quale è, vale a dire, colla qualità del donatario, e coll' estensione della disponibile che ne è la conseguenza. 2. Se fosse vero, che, secondo la nostra maniera di vedere, i terzi donatarii profittassero nel caso attuale dell'estensione della disponibile stabilita a favore del coniuge, la stessa obiezione si presenterebbe nel caso in cui le disposizioni fatte a lor favore si trovassero contenute nel medesimo atto che quelle le quali abbiano avuto luogo a vantaggio di quest'ultimo. In fatti, in questo caso egualmente, i terzi donatarii non possono sostenere che il complesso delle disposizioni fatte tanto a loro vantaggio quanto a favore del coniuge, non ecceda la quota disponibile, se non prevalendosi della qualità personale di questo coniuge. Adunque, la corte di cassazione non è conseguente con sè stessa, allorchè rigetta, nel primo di questi casi, l'applicazione dell' articolo 1094 (franc.), non ostante che l'ammetta nel secondo. Se, nell' ipotesi in cui le disposizioni fatte a vantaggio di terze persone sieno posteriori alla liberalità fatta al coniuge, è possibile d' effettuare la riduzione delle prime senza urtare, sia nell'art. 843, sia nell'artic. 1094 (franc.), mentre ciò è impossibile nel caso in cui siffatte diverse disposizioni sieno concomitanti, questa circostanza non è di natura tale da salvare l'inconseguenza che presenta la dottrina della corte di cassazione. 3. Secondo l'opinione contraria a quella che noi professiamo, riguardasi la quistione in un modo troppo ristretto, attenendosi unicamente a' dritti rispettivi del coniuge e dei terzi donatarii, senza tener conto di quelli del disponente, i quali nondimeno debbono essere presi prima di tutto in considerazione, quando trattisi di conoscere se la quota disponibile sia stata o no oltrepassata. Or, imputandosi sulla disponibile ordinaria le donazioni che uno dei coniugi avesse fatte a vantaggio dell'altro, prima di disporre a favore di terze persone, in vece d' imputarle sulla disponibile eccezionale, come il richiede la stessa qualità di colui che ne sia stato gratificato, si restringe arbitrariamente il dritto di disporre che si ha il donante. il quale, nel caso in cui le liberalità fatte a favore del coniuge esaurissero la quota disponibile degli art. 829 ed 831, troverebbesi privato del dritto di disporre della differenza tra l'ammontare di queste liberalità e la disponibile dell'art. 1094 (franc.), eccetto se volesse gratificarne ancora il suo coniuge. L' imputazione che noi respingiamo è tanto meno ammessibile, in quanto è contraria all' intenzione del disponente, il quale, usando del suo dritto, deesi reputare di averlo fatto in modo da riserbarsi la più grande latitudine per far nuove disposizioni a vantaggio di chi egli stimerebbe convenevole. Aggiungeremo, che le donazioni tra coniugi si fanno quasi sempre per contratto di matrimonio, e che spesso giungono alla misura della quota disponibile ordinaria. In simil caso dunque il coniuge donante non potrebbe più, secondo il sistema della corte di cassazione, fare alcuna disposizione a vantaggio dell'uno o dell' altro dei suoi figli, ed ei perderebbe in tal guisa il mezzo più efficace da ritenerli nel dovere. Laonde, questo sistema deve, in conclusione, o inceppare le convenzioni matrimoniali, ovvero fare onta alla potestà paterna.

solamente (1).

L'applicazione di questi principii trae seco tra l'altre, le seguenti soluzioni.

(1) Ci duole di trovarci, intorno a questo punto, in disaccordo con Benech, il quale pretende, *op. cit.*, che il coniuge avente tre figli non possa cumulatamente donare un quarto in piena proprietà al suo coniuge ed un quarto in usufrutto ad un estraneo; ed applica specialmente questa soluzione al caso in cui queste due liberalità sieno state fatte con un solo e medesimo atto. Quest'autore fondasi principalmente sul riflesso che l'estensione data alla disponibile ordinaria dall'art. 1094 (franc.) verte sopra una quota in usufrutto; che tale estensione sia poco gravosa pei figli eredi di riserva, perchè l'usufrutto non essendo facilmente alienabile, la disposizione in usufrutto fatta a vantaggio del loro padre o della loro madre, li mette al coverto da ogni dimanda di pensione alimentaria da parte di questi ultimi; e che la loro posizione renderebbesi più gravosa, contrariamente allo spirito della legge, se questa quota di usufrutto potesse essere donata ad un estraneo. Siffatte considerazioni non ci sembrano esatte. Di fatti, la cessione di un usufrutto, benchè offra forse maggiori difficoltà che l'alienazione di cose incorporali, non è però giammai impossibile. E d'altronde, un dritto d'usufrutto, anche costituito a titolo gratuito, è, in generale, suscettivo di essere pignorato dai creditori dell'usufruttuario. Quindi, i figli non troverebbero in realtà verun compenso efficace e certo alla estensione della disponibile ordinaria, nella circostanza che la quota d'usufrutto, che costituisse siffatta estensione, fosse stata donata al loro padre o alla loro madre; e però non è da supporre che il legislatore si fosse fermato, compilando lo artic. 1094 (franc.), alla considerazione indicata da Benech. Da un altro canto, i figli, lungi di aver interesse che l'usufrutto sia donato al loro padre o alla loro madre, e la piena proprietà ad un estraneo, hanno per contrario interesse che la quota disponibile venga ripartita in senso inverso; perciocchè, nel primo caso, essi perderebbero irrevocabilmente la proprietà del quarto dei beni del disponente, mentre, nel secondo caso, hanno l'aspettativa di ritrovarlo nella successione del coniuge a cui esso sia stato donato. Confr. Grenoble, 13 dicembre 1843, Sir., XLIV, 2, 100. Del resto, il sistema di Benech menerebbe a conseguenze che ci sembrano inconciliabili collo spirito dell'artic. 1094 (franc.). In effetti, suppongasi che un coniuge, avendo tre figli, abbia con un medesimo testamento legato al suo coniuge un quarto in piena proprietà, e ad un'altra persona un quarto in usufrutto. Se come pretendesi, queste due disposizioni fossero eccessive, esse dovrebbero, giusta l'art. 843, essere proporzionatamente ridotte. Di maniera che, il coniuge, il quale avrebbe potuto ricevere ad un tempo stesso il quarto in piena proprietà a lui legato, ed il quarto in usufrutto dato all'altro legatario, troverebbesi sottoposto ad un'azione di riduzione per non aver ricevuto cumulativamente l'un, e l'altra di tali quote. Or questo risultamento ci sembra inammessibile. Presenterebbesi tale risultamento in un modo più urtante ancora, nel caso in cui il quarto in usufrutto fosse stato donato al terzo con atto tra vivi, e il quarto in piena proprietà al coniuge con una disposizione posteriore. Ed in vero, in questo caso, la riduzione colpirebbe esclusivamente questo coniuge. In fine, nell'una e nell'altra

Se il defunto, il quale non lasci per eredi di riserva che ascendenti in una linea, abbia legato ad un estraneo tre quarti del suo patrimonio in piena proprietà, e l'usufrutto dell' ultimo quarto al suo coniuge, o reciprocamente, l'uno e l'altro legato debbono essere interamente eseguiti.

Se un padre avente due figli abbia donato ad uno di essi il terzo del suo patrimonio, egli potrà ancor disporre in favore del suo coniuge dell'eccedenza di un quarto in piena proprietà e di un quarto in usufrutto, sul terzo in piena proprietà, e *vice versa* (1).

Quando la disponibile eccezionale sia maggiore della disponibile ordinaria (2), il concorso delle disposizioni fatte da uno dei coniugi, tanto a vantaggio del suo coniuge, che a favore di altre persone, può dar luogo a riduzione nelle tre ipotesi seguenti.

1. Se le disposizioni fatte a vantaggio di terzi eccedano la disponibile ordinaria, senza che esse riunite alle disposizioni fatte in favore del coniuge, sorpassino la disponibile eccezionale in questa ipotesi, le disposizioni della prima specie debbono essere ridotte secondo le regole del dritto comune, alla misura della quota disponibile fissata dagli art 829 ed 831, come se non esistesse alcuna disposizione a pro del coniuge.

2. Quando le disposizioni fatte in vantaggio di terzi eccedano la disponibile ordinaria, e, riunite alle disposizioni fatte a favore del coniuge, sorpassino ad un tempo stesso la disponibile eccezionale. In questa ipotesi, cominciasi dal ridurre le disposizioni della prima specie, secondo ciò che si è detto nel numero precedente. Se,

di tali ipotesi, lo scopo che Benech suppone nella legge si troverebbe egualmente tradito, poichè la disposizione in usufrutto sussisterebbe, sia in parte, sia anche in totalità.

(1) La legge non avendo indicata alcuna proporzione fissa tra 'l valore dell' usufrutto e quello della piena proprietà, dovrebbesi, onde procedere con una esattezza rigorosa, valutare in ciascuna specie il valore del quarto in usufrutto, giusta l'età e lo stato di salute del coniuge sopravvivente. Nondimeno, i tribunali possono, senza violare la legge, ammettere, per analogia degli art. 14, n. 11 e 15, n. 6, della legge del 22 frimale anno VII, che il quarto in usufrutto equivalga ad un ottavo in piena proprietà. Partendo da questo dato, l' eccedenza del quarto in piena proprietà e di un altro quarto in usufrutto sul terzo in piena proprietà, sarebbe di un dodicesimo in usufrutto e di un ventiquattresimo in piena proprietà. Questo calcolo è stato adottato da due decisioni della corte reale di Tolosa, del 20 giugno 1809 e del 13 agosto 1810 (Sir., X, 2, 13, e XIII, 1, 441), e 'l ricorso prodotto contro questa ultima decisione è stato rigettato con arresto della camera de' ricorsi del 29 luglio 1813, Sir., *luog. cit.*). Vedi in questo senso: Toullier, V, 871; Duranton, IX 795.

(2) Non dobbiamo occuparci specialmente del caso in cui non esista disponibile eccezionale, ed in cui il coniuge non possa ricevere più della disponibile ordinaria. Questo è interamente retto dal diritto comune,

per effetto di tale riduzione, le disposizioni riunite non oltrepassino più la disponibile eccezionale, queste disposizioni debbono, per lo dippiù, essere eseguite. Se, al contrario, le disposizioni riunite oltrepassino ancora, malgrado questa prima riduzione, la disponibile eccezionale, si procede ad una nuova riduzione, conformemente a ciò che verrà detto nel numero seguente.

3. Quando le disposizioni fatte a vantaggio del coniuge e dei terzi oltrapassino, per la loro riunione, la disponibile eccezionale, senza che quelle le quali abbiano avuto luogo a pro di questi ultimi oltrepassino la disponibile ordinaria. In questa ipotesi, il complesso delle disposizioni dev' essere ridotto alla disponibile eccezionale. Tale riduzione si effettua secondo le regole del diritto comune. Così, allorchè le disposizioni sieno della stessa natura e della stessa data, la riduzione ne ha luogo proporzionalmente. Nel caso contrario, essa cade prima su' legati, poi sulle donazioni tra vivi; e nel caso di collisione tra più donazioni, essa si fa salendo dalla più recente alla più antica, senza esservi luogo a distinguere tra le disposizioni fatte a vantaggio del coniuge e quelle a favore di altre persone (1).

614. Della quota disponibile tra coniugi aventi figli da un precedente matrimonio (2).

L'uomo o la donna, che aven-

(1) Toullier, V, 872 ed 873. Grenier, II, 535. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. VI, n. 9, Duranton (IX, 797) opina egualmente, che nel caso in cui siavi luogo a riduzione proporzionale, essa non debba farsi che fino alla concorrenza della disponibile più elevata. Ma, adottando questa opinione, egli ammette implicitamente un sistema contrario a quello che egli aveva precedentemente difeso (IX, 786), e che noi abbiamo combattuto.

(2) L'editto delle seconde nozze, promulgato nel 1560, conteneva due capi. Il primo vietava alle donne vedove, aventi figliuoli, o figliuoli dei loro figliuoli, le quali passassero a nuove nozze, di donare a' nuovi loro mariti, sia direttamente, sia indirettamente, più di una parte di figliuolo che prendesse il meno. Il secondo proibiva alle vedove ed ai vedovi, che avessero figliuoli da un primo letto, e che passassero a nuove nozze, di dare a' loro nuovi coniugi alcuna parte de' beni che avessero acquistati per donazioni e liberalità de' loro primi mariti o mogli, e loro ingiungeva di riservare questi beni a' figliuoli del loro precedente matrimonio. Queste disposizioni tolte a prestito da diverse leggi romane, erano una conseguenza del disfavore con cui si guarda, almeno in generale, il passaggio a seconde nozze di persone aventi figliuoli da un primo matrimonio. Esse avevano il doppio oggetto, cioè, di rendere somiglianti unioni meno frequenti, facendone dipendere la perdita di determinati vantaggi, e di garentire i figliuoli del primo letto contro le disposizioni inconsiderate che l'attrattiva di nuove unioni strappa troppo facilmente alle persone che le contraggono. Del resto, la giureprudenza aveva estesa ai vedovi la proibizione contenuta nel primo capo dell'editto, per la ragione che i motivi su' quali una tale proibizione era fondata applicandosi agli uomini ugualmente che

do figli da un altro letto, contragga un secondo o un susseguente matrimonio, non può donare o legare al suo novello coniuge, che una porzione di figlio legittimo il quale prenda il meno. Art. 1052.

La disposizione dell'art. 1052 suppone che il vedovo o la vedova, che abbia contratto un novello matrimonio, lasci, alla sua morte, figli da una precedente unione (1). Siffatta disposizione cessa di essere adattabile, allorchè questa supposizione venga a mancare.

Le espressioni: « figli di altro matrimonio », che si trovano in quest'articolo, comprendono non solo i figli di primo grado, ma tutti i discendenti legittimi (2), in qualunque siasi grado, ed anche quelli, i padri dei quali fossero morti prima della celebrazione del novello matrimonio del loro ascendente, ed i quali non fossero neppur nati che posteriormente a tale matrimonio (3). I

alle donne, dovevasi supporre che il legislatore si fosse, relativamente a ciò, espresso in termini semplicemente enunciativi, Conf. sul primo capo dell'editto: L. 6, *proae.*, C. *de Second. nupt.* (5, 9); Nov. 22, cap. XXVII.. Conf. sul secondo capo: L. 5, L. 6., § 1 L. 8, § 1, C. *eod. tit.*; L. 11, C. *de Repud.* (5, 17); Nov. 22, cap. XXIII a XXVI, XXX e XXXIV; Nov. 98, cap. II. Vedi altresì sul complesso dell'editto: *Trattato intorno alle leggi delle seconde nozze*, di P. Dupin; Parigi, 1734, in 4. Merlin, *Rep.*, ved. Nozze (seconde). I compilatori del progetto del Codice civile avevano riprodotti i due capi dell'editto: avevano anche aggiunto alla sua severità, non permettendo che semplici donazioni o legati di usufrutto a' vedovi o vedove aventi figliuoli da un altro letto. La discussione che ebbe luogo nel consiglio di Stato produsse la soppressione della disposizione del secondo capo dell'editto. Quanto alla proibizione stabilita dal primo capo, essa venne rafforzata, limitandosi al quarto dei beni il *maximum* della disponibile. Locrè, *Legisl.*, t. XI, art. 176 e n. 37.

(1) Potrebbesi sostenere, giusta le espressioni dell'art. 1052, essere sufficiente per la sua applicazione che il vedovo o la vedova abbia avuti, nel momento medesimo della celebrazione del suo nuovo matrimonio, figliuoli da una precedente unione. Infatti, questo articolo non dice già: *L'uomo o la donna, che dopo di aver contratto un secondo o susseguente matrimonio, lasci figliuoli di un altro letto*; ma dice: « L'uomo o la donna che avendo figli da un altro matrimonio, ne contragga un secondo o altro ulteriore. » Questa maniera però d'intendere l'art. 1052 sarebbe contraria ad un tempo stesso ed allo spirito col quale esso è stato concepito, ed al principio generale secondo il quale l'epoca della morte è quella che bisogna prendere in considerazione per conoscersi la quota di beni onde il defunto abbia potuto disporre. Conf. art. 829, 837 834 e 1045; Grenier, II, 680; Delvincourt, sull'art. 1052; Duranton, IX, 816.

(2) Se un figliuolo del primo letto, premorto al suo padre o alla sua madre, lasci solamente un figliuolo naturale, questi non può invocare la disposizione dell'art. 1052. Arg. art. 756, comma 2, 677.

(3) *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiescumque de eius commodo agitur.* Merlin, *op. e v. cit.*, § 7, art. 1. n. 1. Grenier II, 679.

figli legittimati per effetto di un precedente matrimonio debbono essere considerati come figli di un altro letto (1). Ma non è lo stesso dei figli adottivi. Questi ultimi non possono giammai, per lo proprio diritto, prevalersi della disposizione dell'art. 1052 (2).

La restituzione stabilita da quest'articolo si estende ad ogni specie di liberalità o di vantaggi che il vedovo o la vedova abbia conferiti al novello suo coniuge. Così, essa si applica alle liberalità fatte durante il matrimonio per atto tra vivi o per testamento, del pari che alle donazioni fatte per contratto di matrimonio, ed eziandio alle liberalità contenute in atti anteriori, allorchè questi atti sieno stati fatti in considerazione del matrimonio di già progettato nell'epoca della loro stipulazione (3).

Questa restrizione si applica, da un altro lato, alle liberalità reciproche (4), o fatte sotto determinati pesi (5), come alle liberalità pure e semplici, ed anche alle donazioni rimuneratorie, eccetto se queste ultime abbiano avuto per oggetto il retribuire servigi renduti prima del novello matrimonio, ed in ragione dei quali il nuovo coniuge avesse avuto contro il suo coniuge un credito, che le loro convenzioni matrimoniali avessero lasciato sussistere (6).

(1) Di fatti, la legittimazione ha per conseguenza il far considerare il figliuolo naturale come nato dal matrimonio in virtù del quale essa sia avvenuta. Art. 255.

(2) Questa proposizione non è contraria alla disposizione dell'art. 274, che accorda all'adottato, sulla successione dell'adottante, gli stessi diritti di quelli onde gode il figliuolo nato da matrimonio. Risulta, è vero, dall'assimilazione stabilita da questo articolo tra 'l figliuolo adottivo e 'l figliuolo legittimo, che il primo gode di tutti i dritti di successione, e soprattutto del diritto di riserva annesso alla sola qualità di figliuolo legittimo. Ma non ne risulta punto che egli goda del diritto di riserva eccezionale che la legge ha stabilito in favore de' figliuoli nati da un precedente matrimonio. Questo diritto di fatti è subordinato alla circostanza di un primo matrimonio ed alla esistenza di figliuoli nati da questo matrimonio. Non basta dunque, onde poterlo invocare, l'essere figliuolo legittimo, o il dover essere assomigliato ad un figliuolo legittimo, bisogna dippiù esser nato o reputato nato da un precedente matrimonio.

(3) Toullier, V, 876. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizione tra vivi e testamentarie, t. VI, n. 12. I figliuoli che impugnino somiglianti atti, sono ammessi a provare, mercè ogni specie di prove, che il nuovo matrimonio era già progettato nell'epoca della stipulazione di tali atti.

(4) Grenier, II, 693.

(5) Va bene inteso, che è mestieri, onde determinar l'ammontare del vantaggio risultante da somiglianti disposizioni, dedurre dal valore dei beni donati quello de' pesi che il nuovo coniuge abbia realmente soddisfatti, o che gli restino a soddisfare.

(6) Questa proposizione è una conseguenza de' principii che saranno sviluppati altrove sulle donazioni rimuneratorie in generale. Confr. Pothier, *del Contratto di matrimonio*, n. 544 e 545; Dalloz, *op. e v. cit.*, t. VI, n. 11.

Finalmente, la stessa restrizione si applica non solo alle liberalità effettuate direttamente, mercè atti di disposizione propriamente detti, ma ancora a' vantaggi indiretti (1) risultanti, sin dalla semplice rinunzia fatta dal vedovo o dalla vedova ad una successione o ad un legato, cui fosse stato chiamato a raccogliere in preferenza del novello suo coniuge o congiuntamente con lui (2), sia dalla esecuzione delle convenzioni matrimoniali stabilite tra i novelli coniugi. Per tal guisa soprattutto, il vantaggio che può risultare in pro del nuovo coniuge dalla confusione dei suoi debiti e del suo mobiliare, presente o futuro (3), col mobiliare e coi debiti del suo coniuge, art. 1496, comma 2 (franc.) (4), da una

(1) I vantaggi indiretti, conferiti a persone diverse da' successibili, non s'imputano, in generale, sulla quota disponibile.

(2) Dalloz, *op.* e *v. cit.* t. VI, n. 3.

(3) Nondimeno, secondo Pothier *(Contratto di matrimonio)*, n. 533, non si dovrebbe avere alcun riguardo alle successioni mobiliari devolutesi al vedovo o alla vedova durante il nuovo matrimonio, in guisa che la metà di tali successioni, della quale il nuovo coniuge profittasse, non formerebbe un vantaggio passibile di riduzione. Questa opinione, la quale era molto contrastabile sotto l'antico diritto, è stata adottata da Toullier, V. 896. Ma essa è contraria al testo del secondo al. dell'art. 1496 *(franc.)* il quale non distingue tra 'l mobiliare provenuto a' coniugi durante il matrimonio e quello che essi possedevano nel contrario. D'altronde, risulta dalla disposizione del terzo comma dell'art. 1527 *(franc.)* che, secondo l'idea del legislatore, bisogna, onde sapere se le convenzioni matrimoniali abbiano conferito qualche vantaggio in pro del nuovo coniuge, attenersi unicamente agli effetti che esse abbiano prodotti. Delvincourt, II, 435. Duranton, XI, 807.

(Quando il coniuge che passi a seconde nozze, avendo ritenuti figliuoli del suo primo matrimonio, stipuli che ci sarà tra lui e la sua nuova sposa una comunione di acquisti, e, per mancanza di aver fatto comprovare mediante un inventario o uno *stato* in buona forma il mobiliare che gli apparteneva in quest' epoca, siffatto mobiliare sia reputato acquisto giusta l'art. 1394, comma 3, il vantaggio che può risultare per la sua nuova consorte è soggetto a riduzione, se ecceda la quota che l'art. 1052 permette di lasciarle. Brusselles, 27 febbraio 1832 *Giur. di B.*, 1832, 1, 99; *Giur. del XIX. secolo*, 1832, 127).

— La clausola di *mobilizzazione* contenuta nel secondo articolo del contratto di matrimonio di una persona che abbia figliuoli da un primo letto e che passi a seconda nozze, è priva di effetto, quando consti che per la clausola di comunione stipulata coll'art. 1. del medesimo contratto e per la confusione del mobiliare che ne è la conseguenza, il secondo coniuge goda di già di un vantaggio maggiore della quota disponibile giusta l'art. 1052. Brusselles, 20 febbraio 1832, *Giur. del XIX secolo*, 1832, 90.

(4) Importa poco, per l'applicazione del secondo comma dell'art. 1496 *(franc.)* che gli sposi abbiano adottato espressamente la regola della comunione legale, o che vi si sieno tacitamente sottoposti astenendosi dal fare un contratto di matrimonio.

mobilizzazione consentita da quest'ultimo, dalla stipulazione di una precapienza o di una clausola di divisione ineguale della comunione, e dallo stabilimento della comunione universale, è riducibile alla quota di beni fissata dall'art. 1052 (1). Artic. 1527, comma 3 (franc.).

Nondimeno, la divisione eguale degli utili conseguiti per mezzo dei lavori comuni dei coniugi, o delle economie fatte sulle loro rendite, non deve, per quanto fossero stati ineguali le loro rendite rispettive o i prodotti della loro industria, essere considerata come un vantaggio indiretto nel senso dell'art. 1052. Art. 1527, comma 2 (franc.). Ma questa modificazione non s'applicherebbe al vantaggio derivante al novello coniuge da una convenzione secondo la quale egli avrebbe dritto ad una porzione eccedente la metà degli utili e delle economie realizzate durante il matrimonio (2). Questo vantaggio sarebbe riducibile alla misura dell'artic. 1052, anche quando le rendite del nuovo coniuge fossero state maggiori di quelle dell' altro coniuge, ovvero la sua industria avesse procacciati alla comunione utili più considerevoli (3).

Del resto, per giudicare se le convenzioni matrimoniali fatte ad occasione di un secondo o di un susseguente matrimonio abbiano procurato qualche vantaggio al novello coniuge, è d' uopo fare astrazione della intenzione che abbia potuto presedere alla loro compilazione, non che delle eventualità degli utili o delle perdite che esse potevano, a causa della

(1) Confr. art. 1516 e 1525, comma 2 *(franc.)* Toullier, V, 891 e seg.; Duranton, IX, 805 e seg.

(2) Siccome la disposizione finale dell' art. 1527 *(franc.)* dice, in termini generali, che i semplici utili e le economie non costituiscono vantaggi indiretti, si è voluto sostenere che essa si applicasse anche alla stipulazione la quale attribuisse ad uno de' coniugi la totalità di questi utili e di queste economie. Ma bisogna credere, che dettando siffatta disposizione, il legislatore abbia avuto innanzi agli occhi il caso ordinario della divisione della comunione per metà, e che la sua intenzione sia stata unicamente quella di sottrarre i risultamenti di una tale divisione dall' applicazione della disposizione del terzo comma dell' articolo 1527 *(franc.)* nel caso ancora in cui la contribuzione del nuovo coniuge sarebbe stata inferiore a quella del suo consorte. Le espressioni incidentali: *benchè ineguali*, le quali trovansi nell'ultima parte di quest'articolo, ci sembra che giustifichino questa opinione, la quale d' altronde è conforme alla regola: *Exceptio est strictissimae interpretationis*. Toullier, V, 899 e 900. Delvincourt, II, 437; Duranton, IX, 810. Civ. cass. 24 maggio 1808. Sir., VIII, 1, 328.

(3) Questa proposizione è un corollario dell' idea sulla quale è fondata la disposizione finale del terzo comma dell' art. 1527 *(franc.)* cioè, che ciascuno de' coniugi ha dritto, giusta la natura della società coniugale, alla metà delle economie e degli utili realizzati durante il matrimonio, qualunque sia d' altronde l' ammontare delle contribuzioni rispettive.

loro reciprocazione o delle condizioni alle quali erano subordinate, presentare per l'uno o per l'altro dei coniugi nel momento della loro stipulazione, e considerare unicamente gli effetti ovvero le conseguenze reali della loro applicazione alla liquidazione dei dritti rispettivi dei coniugi (1). Così, per esempio, benchè la confusione del mobiliare e dei debiti dei coniugi possa, secondo le eventualità, essere di utile o di pregiudizio a ciascuno di essi, pure dovrà essere considerata come un vantaggio indiretto, se risulti dal *bilancio* formato, nel tempo della liquidazione della comunione, tra il mobiliare ed i debiti dei coniugi, che il novello coniuge profitti realmente di questa confusione. Così ancora, l'utile derivante a quest'ultimo dalla circostanza che egli si troverà per le eventualità chiamato a prendere, nelle economie e negli utili realizzati durante il matrimonio, una parte maggiore di quella degli eredi del suo coniuge, sarà reputato di formare un vantaggio indiretto, quantunque il contratto di matrimonio non abbia attribuito questo vantaggio al novello coniuge che nel caso di sopravvivenza soltanto, o ancorchè l'abbia attribuito al superstite dei coniugi indistintamente (2). Ma in contraccambio, bisognerà, per sapersi se il novello coniuge si trovi avvantaggiato dalle convenzioni matrimoniali, combinare e bilanciare tra loro le conseguenze di tutte le clausole del contratto di matrimonio, in modo da compensare coll'utile, che una data stipulazione avrà procurato al nuovo coniuge, la perdita che qualche altra clausola gli avrà fatta sperimentare. Così, per esempio, allorchè si tratterà di sapere se una precapienza verificatasi a favore del novello coniuge costituisca un vantaggio indiretto, si dovrà esaminare se il valore della precapienza si trovi compensato da un'eccedenza di mobiliare che fosse entrata nella comunione da parte di questo coniuge (3).

Le liberalità mascherate (4), ovvero fatte al novello coniuge sotto il nome di persone interposte, non sono, come i vantaggi indiretti, semplicemente riducibili alla quota di beni fissata dall'artic. 1052. Esse sono colpite di nullità; e non possono per conseguenza produrre alcun effetto, neppure nella misura di questa

(1) Questo è ciò che indicano chiaramente le seguenti espressioni del terzo comma dell'art. 1527 *(franc.) Ogni convenzione che tendesse nei suoi effetti*. Duranton, IX, 807.

(2) Duranton, IX, 810. Civ. cass., 24 maggio 1808. Sir., VIII, 1, 328.

(3) Confr. Duranton, IX, 812.

(4) Tale sarebbe, per esempio, la riconoscenza che un marito avesse fatta per contratto di matrimonio, in favore di sua moglie di un conferimento maggiore di quello che ella avesse realmente effettuato. Confr. Civ. rig., 29 maggio 1838, Dalloz, XXXVIII, 1, 225.

quota (1). Art. 1053, comma 2. La legge reputa persone interposte i figli del novello coniuge, nati da un altro matrimonio, e

(1) La differenza che vi ha tra la compilazione del primo comma dell' art. 1053 e quella del secondo, ci sembra che non lasci alcun dubbio sulla intenzione del legislatore, di negare ogni effetto alle donazioni fra coniugi fatte in un modo mascherato o per persone interposte. Vedi in questo senso: *Rapporto al tribunato*, di Jaubert (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 90). Non per tanto, l' opinione contraria ha molti partigiani, ed è stata ammessa da più Corti reali. Per sostenerla, si è detto, che le espressioni: « donazioni coverte o fatte ad interposta persona » sieno sinonime delle parole: « vantaggi indiretti »; che la legge si serva indistintamente delle une e delle altre; e che il secondo comma dell' art. 1053 rannodandosi intimamente alla disposizione del primo comma dello stesso articolo, di cui altro non fa che enunciare una conseguenza, debba essere inteso nel senso di questa disposizione. Ma è cosa inesatta il pretendere che il legislatore si serva indistintamente delle espressioni: « donazioni coverte e vantaggi indiretti ». L' economia dell' art. 1053 respinge questa asserzione; e gli art. 762, 772, 773 e 1440, che s' invocano *per giustificarla*, provano tutto al contrario che il legislatore ha costantemente impiegata la espressione: « vantaggi indiretti » nel senso proprio e ristretto che noi le attribuiamo. Di fatti, in questi articoli trattasi, non già di liberalità fatte per mezzo di atti de' quali le parti abbiano mascherato il vero carattere, ma bensì di vantaggi risultanti da atti fatti apertamente. Corre, d'altronde, tra' vantaggi indiretti e le donazioni mascherate, una differenza che è impossibile di sconoscere, cioè, che un vantaggio indiretto può risultare da un atto fatto di buona fede, vale a dire, senza alcuna intenzione di eludere la legge, mentre una donazione mascherata è sempre il frutto di un concerto al quale si attribuisce naturalmente una presunzione di frode, allorchè la liberalità sia fatta ad una persona incapace di ricevere, o che non poteva, a cagione della sua qualità, essere gratificata se non fino alla concorrenza di una determinata quota di beni. Non è dunque maraviglia che il legislatore abbia creduto il dover sottoporre a regole differenti queste due specie di vantaggi. Confr. L. 5, § 5. D. *de Donat. inter. vir. et uxor.* (24, 1); Pothier, *delle Donazioni tra marito e moglie*. Aggiugniamo, che l' interpretazione, la quale noi combattiamo, menerebbe a fare del secondo comma dell' art. 1053 una ripetizione insignificante della disposizione del primo, e che per questo motivo ancora dev' essere rigettata; perciocchè non può supporsi una ridondanza in due disposizioni che si seguono immediatamente. Si è fatto un altro ragionamento, il quale, in sostanza, consiste nel dire: La corte di cassazione mantiene ferme, salva la riduzione alla quota disponibile, le donazioni mascherate fatte da una persona che lasci eredi di riserva. Or siccome i motivi di questa giureprudenza si applicano alle donazioni fra coniugi, del pari che alle donazioni fatte tra qualunque altre persone, sarebbevi una palpabile inconseguenza nel non valutarle secondo i medesimi principii. Risponderemo che questa pretesa inconseguenza non esisterebbe già nelle disposizioni della legge; che essa non sarebbe, tutto al più, salvochè il risultamento del ravvicinamento di un punto di giureprudenza con una disposizione legislativa; e che essa non potrebbe conseguentemente, per quanto fosse fla-

le persone di cui egli si trovi essere erede presuntivo, nel giorno della disposizione fatta in apparenza a loro favore (1). Articolo

grante, essere una ragione da allontanarsi da un testo preciso e formale. Ma, vi ha di più: questa inconseguenza non esiste realmente; e con ragione si è introdotta, per quanto concerne le donazioni mascherate fra coniugi, una regola speciale. Ed in vero, siccome le frodi, aventi per oggetto l' eccedere la misura della quota disponibile, sono tra coniugi più facile e più frequenti, il legislatore ha creduto doverle prevenire mediante una penalità severa, dichiarando nulle le donazioni mascherate di che si tratta. In tal guisa appunto la corte di cassazione si è ancor ella spiegata relativamente a ciò nel suo arresto del 29 maggio 1838, citato qui appresso, di cui uno de' *considerando* dice: « Atteso che se la distinzione stabilita dall' art. 1053 non più si rinviene quando trattisi di donazioni diverse da quelle che i coniugi si fanno l' uno l' altro, ne risulta solamente, che, per questo genere particolare di donazioni, la legge ha creduto di dovere introdurre una regola più severa; ma non ne risulta affatto che la disposizione speciale e formale della legge non debba ricevere esecuzione. » Vedi nel senso della nostra opinione, Toullier, V, 901; Delvincourt, sull'art. 1052; Grenier, II, 691; Dalloz, *op. e t. cit.*, t. VI n. 9; Civ. rig., 30 novembre 1831, Sir., XXXII, 1, 134; Tolosa, 18 maggio 1835. Sir., XXXV, 2, 392; Civ. rig., 29 maggio 1838, Sir., XXXVIII, 1, 481; Limoges, 6 luglio 1842, Sir., XLIII, 2, 27. Vedi in senso contrario: Duranton, IX, 831; Pouiol, *delle Donazioni*, II, 592; Parigi, 21 giugno 1837, Sir., XXXVII, 2, 322. Dalloz, in una nota fatta ad occasione della citata decisione della corte reale di Bourges del 9 marzo 1836 (Dalloz, XXXVII, 2, 1), ha emessa una opinione intermedia, secondo la quale le donazioni mascherate o per persone interposte, fatte tra coniugi, sarebbero nulle nella totalità, se avessero ecceduta la quota disponibile, e valide, se non l' avessero oltrepassata. La distinzione sulla quale è fondata questa opinione ci sembra non dover essere ammessa. Essa non potrebbe essere di qualche influenza sulla quistione, se non in quanto la circostanza d' essere stata oltrepassata la quota disponibile, o di non esserlo stata, indicasse in un modo certo che le parti abbiano agito con lo scopo di eludere la proibizione della legge, o che esse non abbiano avuta questa intenzione. Or la cosa non va così. Il disponente è il più sovente nella impossibilità di conoscere, neppure per approssimazione, l'ammontare della quota disponibile, la quale non si troverà determinata che nel tempo della sua morte. Ei può ingannarsi nelle sue congetture relativamente a ciò: e comprendesi per conseguenza, che, adottando l'avviso di Dalloz, sovente sarebb'allora menato, da un canto, ad annullare disposizioni fatte senza alcun pensiero di frode, e, da un altro canto, a rispettare atti che in realtà fossero stati fatti con lo scopo di eludere la legge.

(1) Allorchè il nuovo coniuge abbia ancora suo padre o sua madre, i suoi ascendenti paterni o materni più lontani non sono legalmente presunti persone interposte riguardo a lui, perchè egli non è loro erede presuntivo. Indarno direbbesi che i motivi, su' quali è fondata la presunzione d' interposizione relativamente al padre o alla madre, esistendo egualmente riguardo agli ascendenti di un grado più lontano, una tale presunzione debba colpire questi ultimi come i primi. Risponderemo,

1054 (1). La presunzione d' interposizione sussiste riguardo a questi ultimi, anche quando il nuovo coniuge non sia loro sopravvivuto, ovvero non sia loro succeduto (2). Deesi applicare la presunzione di interposizione ai figli naturali del novello coniuge (3). Ma i figli comuni nati dal nuovo matrimonio non sono, come i figli di un altro letto, legalmente presunti persone interposte. La presunzione stabilita dall' art. 1054 è assoluta e non ammette alcuna prova contraria. Del resto, le parti interessate sono ammessibili a provare con ogni specie di pruove, ed anche per mezzo di semplici presunzioni, che una disposizione apparentemente fatta ad una persona, riguardo alla quale non esista alcuna presunzione legale d' interposizione, sia stata, nella realtà, fatta a favore del nuovo coniuge.

La porzione di figlio che pren-

che non havvi identità assoluta fra la posizione degli uni e quella degli altri, e che l' analogia non basta per estendere una presunzione legale la quale debba avere per effetto il trascinare la nullità di un atto. Delvincourt, II, 446, Duranton, IX, 832 Dalloz, *op. e v. cit.*, VI, 294, n. 8. Vedi in senso contrario: Grenier, II, 687; Toullier, V, 903. Intendesi bene, che, in fatto d' interposizione di persone, essa si presumerà più facilmente riguardo ad un ascendente che riguardo ad un estraneo, o anche riguardo ad un parente collaterale.

(1) Confr. art. 827.

(2) L' art. 1054 non consacra esplicitamente questa proposizione che pel caso in cui il nuovo coniuge non sia sopravvivuto alla persona di cui era erede presuntivo. Ma non deesi conchiudere da ciò, per argomento *a contrario*, che la presunzione d'interposizione cessi, allorchè il nuovo coniuge, essendo sopravvivuto a questa persona, sia stato, per una causa qualunque, impedito dal succedere. Le espressioni finali dell' art. 1054: « ancorchè quest'ultimo », ecc., non sono che una spiegazione della disposizione alla quale esse si riferiscono; e se il legislatore ha data questa spiegazione sol relativamente alla ipotesi della premorienza del nuovo coniuge, ciò è avvenuto, o perchè questa ipotesi si sarà essa solamente offerta al suo pensiero, o perchè egli avra giudicato inutile il mensionare ugualmente le altre. D'altronde, è evidente che il legislatore, nel dichiarare che la presunzione d' interposizione, stabilita contro le persone di cui il nuovo coniuge si trovava erede presuntivo nel giorno della donazione, conserverebbe la sua forza quando anche quest' ultimo non fosse loro sopravvivuto, è partito dall' idea, che, per sapersi se fossevi stata interposizione di persone, sia d' uopo unicamente considerare i rapporti rispettivi delle parti nel giorno della donazione, facendo astrazione degli avvenimenti posteriori che possono aver modificati o annientati i diritti eventuali che sembravano dover risultare da tali rapporti. Delvincourt, II, 446. Duranton, IX, 833.

(3) Ciò che noi abbiamo detto intorno a' figliuoli naturali, in occasione dell' art. 827, si applica qui ugualmente, in quantochè la disposizione dell' art. 1054 è più estesa e più severa di quella dell' art. 827. Per verità, l' art. 1054 dice: « a' figli nati da un altro matrimonio »; ma esso si esprime così unicamente per eccettuare dalla presunzione i figliuoli comuni nati dal nuovo matrimonio. Duranton, IX, 834.

da il meno, alla quale l'art. 1052 restringe la quota di beni della quale è permesso ad un vedovo o ad una vedova, avente figli da un precedente matrimonio, di disporre a vantaggio del suo nuovo coniuge, dev'essere calcolata secondo il numero dei figli nati tanto dal primo che dal secondo o dal susseguente matrimonio, aggiungendo a questo numero lo stesso nuovo coniuge (1). Allorchè uno dei figli sia premorto, ma abbia lasciati ancor egli figli o discendenti, costoro sono computati per una sola testa (2). I figli i quali abbiano rinunziato all'eredità, in caso d'esistenza di figli naturali, si comincia dal detrarre dalla massa la porzione di beni alla quale essi hanno dritto giusta l'art. 674, in modo da farla sopportare proporzionalmente al novello coniuge ed a' figli legittimi. Similmente, se il defunto abbia fatte a favore di uno o di più dei suoi figli disposizioni con dispensa di collazione, ovvero se egli abbia disposto a vantaggio di un estraneo, i beni così donati debbono essere precedentemente detratti dalla massa sulla quale ci calcolerà la porzione di figlio (3). Ma, da un altro lato, il novello coniuge può dimandare, pel calcolo della porzione di figlio, la riunione fittizia alla massa non solo dell'ammontare delle collazioni a farsi dai figli, ma ancora dell'ammontare della riduzione a cui andassero soggette le disposizioni fatte ad estranei o anche ad uno di questi figli (4). Del resto, il novello coniuge profitta ancor egli, nella proporzione di una parte di figlio, della riduzione delle disposizioni fatte in suo favore, in questo senso, che l'ammontare di siffatta riduzione si divide tra lui ed i figli (5).

La restrizione apportata alla quota disponibile ordinaria dall'artic. 1052 non è stata diretta-

(1) Agen, 14 aprile 1837, Dalloz, XXXVIII, 2, 234.

(2) Arg. art. 830. Toullier, V, 877. Grenier, II, 704 e 705. Duranton, IX, 803.

(3) È cosa indispensabile di fare queste diverse detrazioni, onde determinare la parte del figliuolo che prenda il meno. Duranton, IX, 802.

(4) Indarno i figliuoli invocherebbero, per resistere a questa riunione, gli art. 777 ed 838. Il nuovo coniuge che la reclami non domanda nè una collazione nè una riduzione. Trattasi unicamente, quanto a lui, di far determinare l'ammontare della quota di beni della quale il suo coniuge abbia potuto disporre in suo vantaggio. Le osservazioni che abbiamo fatte si applicano qui ugualmente. Aggiugneremo, che, secondo il sistema contrario, dipenderebbe dal vedovo o dalla vedova, che per contratto di matrimonio avesse fatta a vantaggio del suo nuovo coniuge una donazione racchiusa tra' limiti della disponibile stabilita dall' art. 1052, il restringere gli effetti di questa donazione, facendo nuove disposizioni in favore di uno de' suoi figliuoli o di un estraneo. Or questo risultamento è evidentemente inammessibile. Parigi, 20 febbraio 1809, Sir., IX, 2, 257. Confr. Grenier, II, 711; Parigi, 19 luglio 1833, Sir., XXXIII, 2, 397.

(5) Evidentemente a torto Grenier (II, 708) sostiene il contrario.

mente stabilita che nel favore dei figli nati da un precedente matrimonio. La differenza che passa tra le due porzioni disponibili, costituisce, in favore di questi figli, un aumento relativo della riserva. Essi godono, quanto a tale differenza, degli stessi diritti che relativamente alla riserva ordinaria. Così, per esempio, essi possono chiedere la riduzione delle disposizioni fatte a pro del nuovo coniuge, non solo contro di questo coniuge medesimo, ma altresì contro i terzi possessori degl' immobili che egli abbia ricevuto. Art. 847. Così ancora, la riduzione che essi avranno fatta pronunziare non gioverà nè ai creditori nè ai donatarii o legatarii del defunto. Art. 838. Ma inoltre, i figli del primo letto non hanno dritto all' aumento di riserva di cui si tratta, salvochè in qualità di eredi. Così, essi non possono prevalersene quando sieno incapaci di succedere, quando abbiano rinunziato alla successione, o quando ne sieno stati esclusi per causa d' indegnità (1).

Il dritto di agire, in virtù dell'art. 1052, per la riduzione delle disposizioni fatte al novello

(1) Ricard *(delle Donazioni*, parte III, a, n. 978) e Pothier *(del Contratto di matrimonio*, 568 e 590; *delle Donazioni tra vivi*, sez. III, art. 7, § 4) insegnano, che anche nei paesi di consuetudine i figliuoli di un precedente matrimonio potevano, in questa sola qualità, e senza dichiararsi eredi del loro padre o della loro madre, domandare la riduzione delle donazioni fatte da questi ultimi in favore dei loro nuovi coniugi. Questi autori fondavansi sul riflesso che l' editto delle seconde nozze accordava il diritto di agire per questa riduzione *ai figliuoli*, senza esigere che essi assumessero la qualità di eredi. Aggiugnevano, che siffatta qualità, non era, in somigliante caso, necessaria a' figliuoli; perchè i beni, de' quali potevano ottenere la riduzione, essendo irrevocabilmente usciti dal patrimonio del loro padre o della loro madre, non li prendevano più dalla successione di questi ultimi. Ma si fa osservare con ragione, da un canto, che questi motivi, supponendoli fondati, si applicherebbero solamente alle donazioni tra vivi: il che menerebbe a stabilire, tra queste donazioni e le disposizioni testamentarie, una distinzione che è impossibile di giustificare; e, dall' altro canto, che questi motivi non erano peculiari alle donazioni fatte ad un nuovo coniuge, ma si applicavano con la medesima forza a tutte le donazioni tra vivi, e per conseguenza essi provano troppo. Noi soggiungeremo, che, qualunque siasi il merito della opinione di Ricard e di Pothier secondo i principii dell'antico dritto, questa opinione è inconciliabile col complesso delle disposizioni del Codice civile sulla quota disponibile e sulla riserva. Per convincersene, è bastevole il rammentarsi che la disponibile prefinita dall' art. 1052 è la stessa della disponibile ordinaria, quando il vedovo, il quale sia passato a seconde nozze, lasci tre figliuoli, e che nel caso in cui essa sia più ristretta, fa nondimeno parte della porzione disponibile ordinaria, e s' imputa sopra quest' ultima. Delvincourt, sull' art. 1052. Toullier, V, 880. Duranton, IX, 818. Vedi in senso contrario: Grenier, II, 706.

coniuge, non può giammai verificarsi in persona dei figli del secondo letto (1). Ma questi ultimi profittano della riduzione, allorchè sia stata pronunziata a dimanda dei figli del primo letto, in questo senso, che l'ammontare della seguita riduzione rientra nella massa, e si divide insieme col resto dell'eredità (2). Vi ha dippiù; allorchè il dritto di chiedere la riduzione siasi avverato in persona dei figli del precedente matrimonio, ed essi trascurino di farlo valere, o vi rinunziino, i figli del nuovo matrimonio sono autorizzati ad esercitare siffatto dritto nella proporzione delle loro quote ereditarie (3).

L'art. 1032 non restringe la facoltà di disporre se non relativamente al nuovo coniuge. Adunque, il vedovo o la vedova, avente figli da un precedente matrimonio, conserva, malgrado il suo passaggio a nuove nozze, la facoltà di disporre, sino alla concorrenza della disponibile ordi-

(1) Questa proposizione è una conseguenza del non essere stata la restrizione della facoltà di disporre in vantaggio di un nuovo coniuge direttamente stabilita che nell'interesse dei figliuoli del primo letto. Combinando questa proposizione colla precedente, ne risulta, che se tutti i figliuoli del primo letto abbiano rinunziato alla successione o ne sieno stati esclusi per causa d'indegnità, i figliuoli del nuovo matrimonio non possono prevalersi della disposizione dell'art. 1052. Indarno si obbietterebbe che la riserva si determina avuto riguardo al numero de' figliuoli che il defunto abbia lasciati, e che la rinunzia o l'esclusione di uno o più di questi figliuoli rimane senza influenza sulla quantità della riserva. Questo principio è vero per la riserva ordinaria, alla quale tutti i figli hanno diritto per ragion propria senza distinzione de' diversi matrimonii da cui possano esser nati; ma non trova applicazione all'aumento di riserva che risulta dall'art. 1052: aumento, al quale i figliuoli del nuovo matrimonio non possono pretendere, se non in quanto il diritto di reclamarlo siasi aperto in vantaggio e nella persona de' figliuoli del precedente matrimonio.

(2) È questo ancora uno de' casi in cui una persona ottiene, per l'intermezzo di un' altra, ciò che ella non poteva reclamare direttamente per proprio diritto. Conf. l. 3, § 11, D. *de Bonor. poss. contratab.* (37, 4); Toullier, V, 879; Duranton, IX, 817. L'opinione che abbiamo emessa relativamente a ciò è conforme alla giurisprudenza de' paesi consuetudinarii, ne' quali era prevaluta la disposizione della legge 9, C. *de Sec. nupt.* (5, 9), che faceva partecipare tutti i figliuoli indistintamente al beneficio della riduzione, benchè questa legge fosse stata abrogata dalla Nov. 22, cap. XXVII, secondo la quale i figliuoli del primo letto dovevano essi soli profittare della riduzione. Ciò che noi abbiamo detto riguardo a' figliuoli del nuovo matrimonio si applica, per identità di ragione, ai figliuoli adottivi.

(3) Per la sola ragione che il diritto di domandare la riduzione siasi aperto nella persona de' figliuoli del primo letto, esso si comunica a' figliuoli del nuovo matrimonio, i quali, essendo chiamati a partecipare al beneficio della riduzione, non possono esserne privati per la inazione de' primi o per la loro rinunzia all' esercizio di questo diritto. Toullier, V, 879 Duranton, IX, 817.

naria, non solo a vantaggio dei figli della precedente sua unione o a vantaggio di un estraneo, ma eziandio a favore dei figli del nuovo matrimonio. Nondimeno, egli non può ad un tempo stesso donare la disponibile ordinaria a questi figli ovvero ad estranei, e la disponibile fissata dall'articolo 1052 al suo novello coniuge. Da questi principii risultano, tra le altre, le seguenti conseguenze: Se una persona, avente figli da un precedente matrimonio, abbia anticipatamente esaurita la disponibile ordinaria con donazioni tra vivi, ella non può più donare cosa alcuna al suo novello coniuge; nel caso contrario, ella può donare a quest' ultimo ciò che rimane libero della disponibile ordinaria, a condizione però di non oltrepassare la disponibile fissata dall'art. 1052. Se ella avesse da principio donato tra vivi al suo novello coniuge quest'ultima disponibile, potrebbe ancora donare ad uno dei suoi figli ovvero ad un estraneo la differenza tra questa disponibile e quella del dritto comune. Che se, dopo di aver fatto in favore del suo novello coniuge delle donazioni tra vivi eccedenti la misura fissata dall'art. 1052, ella facesse nuove disposizioni a vantaggio di altre persone, queste ultime sarebbero sempre autorizzate a ritenere o a reclamare la differenza di cui abbiamo ora parlato. Finalmente, se ella avesse fatto a favore, tanto del suo novello coniuge quanto di altre persone, disposizioni testamentarie eccedenti insieme la quota disponibile ordinaria, vi sarebbe luogo alla riduzione *pro rata* di tutte queste disposizioni, dopo però di essersi preliminarmente ridotte le disposizioni fatte a vantaggio del nuovo coniuge, nel caso in cui esse eccedessero la disponibile fissata dall'art. 1052 (1).

Del resto, allorchè una persona avente figli da un precedente matrimonio contragga successivamente più matrimonii, ella non può donare a tutti i suoi nuovi coniugi insieme salvochè la quota di beni determinata dall'artic. 1052 (2).

La donazione di una porzione

(1) Duranton, IX, 815.

(2) Grenier, II, 712. Toullier, V, 882. L'editto delle seconde nozze vietava alle vedove che avessero figliuoli e passassero a nuove nozze, di donare a' loro nuovi mariti più di una parte di figliuolo che prendesse il meno; ed erasi di accordo generalmente nel dire che queste espressioni: *a' loro nuovi mariti*, dovevano intendersi in senso collettivo; come se la legge avesse detto: *a tutti i loro nuovi mariti insieme*. L'art. 1052 non è esattamente concepito nelle stesse parole dell' editto. Esso dice così: « L'uomo o la donna, che avendo figli da un altro matrimonio, ne contragga *un secondo o altro ulteriore*, non potrà donare *al suo nuovo coniuge*. » Duranton IX, 804 ha creduto di poter trarre da questa differenza di compilazione la conseguenza, che, sotto l'impero del Codice civile, il vedovo o la vedova, che, avendo figliuoli da un precedente matrimonio, contragga poscia più nuovi matrimonii, possa disporre in vantaggio de' suoi nuovi coniugi

di figlio, fatta, senz'altra spiegazione, da un vedovo o da una vedova, avente figli da un precedente matrimonio, a favore del suo novello coniuge, non potendo essere determinata circa al suo quantitativo che in virtù della divisione, è più o meno considerevole, secondochè vi sieno più o meno figli i quali vengano alla successione (1). Se tutti i figli premorissero, ovvero se rinunziassero tutti alla successione, il coniuge donatario di una porzione di figlio non avrebbe dritto, malgrado questa circostanza, che al quarto dei beni (2).

La donazione di una porzione di figlio è di sua natura subordinata alla condizione della sopravvivenza del donatario. Essa diviene caduca per la premorien-

sino alla nuova concorrenza della quota disponibile ordinaria, purchè non dia a ciascuno di essi separatamente più della quota fissata dall'art. 1052. Ma questa interpetrazione è evidentemente contraria allo spirito della legge. Di fatti, è cosa incontrastabile, e lo stesso Duranton lo riconosce (IX. 801), che la disposizione dell'art. 1052 è fondata sul disfavore che si attribuisce al passaggio a nuove nozze di una persona avente figliuoli da un precedente matrimonio, e sulla necessità di proteggere gl'interessi di questi figliuoli contro la facilità colla quale il loro padre o la loro madre s'indurrebbe a fare delle liberalità al suo nuovo coniuge. Or questi motivi non si presentano forse con maggior forza, quando trattisi di contrarre un terzo o un quarto matrimonio, che quando si tratti di un secondo matrimonio? D'altronde, come mai credere che i compilatori del Codice civile, i quali, sotto altri rapporti, hanno aggiunto alla severità del primo capo dell'editto, abbiano voluto poi, sotto il punto di vista che ci occupa, mostrarsi più indulgenti pe' terzi e pe' quarti matrimonii, che il legislatore del 1560? Aggiungeremo, che la compilazione dell'art. 1052 è lungi dall'essere così decisiva, come lo crede Duranton. Di fatti, quest'articolo non dice già: *al suo nuovo coniuge o ad uno de' suoi nuovi coniugi*, ma dice solamente: « al suo nuovo coniuge ». Or questa compilazione è evidentemente incompiuta; perciocchè nella frase: « non potrà donare al suo nuovo coniuge », non trovasi nulla che corrisponda alle espressioni; « o altro susseguente matrimonio », le quali si leggono nella frase precedente; e da una compilazione scorretta o incompiuta non è permesso di trarre una induzione che contrarierebbe apertamente lo spirito della legge.

(1) Toullier, V, 886; Duranton, IX, 823.

(2) La quistione di sapersi quale debba essere, in somigliante caso, l'estensione della donazione di una porzione di figliuolo, è una quistione d'intenzione. Ora, deesi supporre che il donante abbia voluto conformare la sua volontà alla disposizione dell'articolo 1052, secondo il quale la porzione di figliuolo non può giammai eccedere il quarto dei beni. Toullier, V, 887. Grenier, II, 683, Duranton, IX, 824. Dovrebbesi, a parer nostro applicare la medesima regola al caso in cui tutti i figliuoli del primo letto essendo premorti o avendo rinunziato, il coniuge donatario si trovasse in concorso con uno o due figliuoli del nuovo matrimonio. Intendesi bene, che se il donante avesse manifestata un'intenzione contraria, sarebbe mestieri di conformarvisi.

za di costui, ancorchè sia stata fatta per contratto di matrimonio ed esistano figli dal matrimonio, ad occasione del quale sia stata fatta (1).

VII. DELLE MODIFICAZIONI DELLE DISPOSIZIONI TRA VIVI O TESTAMENTARIE.

615 Principio generale. 616 Eccezioni.—1. Delle condizioni e dei pesi impossibili o illeciti in generale. 617 2. Delle sostituzioni.—a. Delle sostituzioni in generale. 618 b. Delle sostituzioni fedecommessarie.—Della loro proibizione.

615 VII. Delle modificazioni delle disposizioni tra vivi o testamentarie. — Principio generale.

Ogni persona capace di disporre a titolo gratuito può, in generale, apporre alle sue disposizioni un termine certo o incerto, e subordinarle a quella condizione o aggiugnervi quel modo che ella stimi convenevoli.

Questo principio, il quale verrà più ampiamente sviluppato per quanto concerne le donazioni tra vivi, e per quanto riguarda i legati, riceve eccezione in ogni disposizione a titolo gratuito, relativamente alle condizioni ed ai pesi impossibili o illeciti, ed in particolare, relativamente alle sostituzioni.

616. Eccezioni.—1. Delle condizioni e dei pesi impossibili o illeciti in generale (2).

Le condizioni impossibili o illecite, apposte ad una disposizione a titolo gratuito, sono reputate non iscritte. Adunque, le donazioni tra vivi ed i legati fatti sotto simili condizioni debbono essere considerati come puri e semplici, di maniera che i donatarii o i legatarii possono dimandarne l'esecuzione, senza essere obbligati di adempiere la condizione o di attenderne l'avveramento (3). Art. 816.

Nondimeno, questa regola non

(1) Art. 1048, ed arg. da quest'articolo. Toullier, V, 890. Duranton, IX, 827. Vedi in senso contrario: Grenier, II, 684.

(2) Confr, su questa materia, in generale: Ricard. *Trattato delle disposizioni condizionali*. Questo trattato forma continuazione di quello *delle Donazioni*.

(3) Questa regola, la quale deroga a' principii generali sull'effetto delle condizioni, non era stata ammessa nel diritto romano che relativamente alle istituzioni di erede, a' legati ed ai fedecommessi. L'estensione che il Codice civile ne ha fatta alle donazioni tra vivi si giustifica difficilmente in teoria. Confr. legge del 5-12 settembre 1791; leggi del 5 brumale e 17 nevoso anno II; Duranton, VIII, 102; Toullier, V, 243 e seg. Del resto, la disposizione dell'art. 816 è generale: si applica per conseguenza ad ogni specie di donazione tra vivi, e soprattutto alla costituzione di una dote: Torino, 10 agosto 1811, Sir., XII, 2, 271.

si applica che agli atti i quali racchiudano vere liberalità. Un contratto fondato su di una causa illecita, vale a dire, col quale una delle parti non fossesi obbligata verso l'altra che a vista dell'impegno assunto da costei di adempiere ad una prestazione contraria alla legge, all'ordine pubblico ed ai buoni costumi, sarebbe nullo, anche quando i contraenti l'avessero qualificato per donazione, e l'avessero rivestito delle formalità prescritte per gli atti a titolo gratuito (1). Del rimanente, onde giudicare se un atto, il quale presenti in apparenza i caratteri di una donazione, non racchiuda in realtà subordinata ad una condizione illecita, ovvero se nasconda una obbligazione contratta in considerazione di una causa illecita, è d'uopo esaminare, giusta i rapporti esistenti tra le parti e le altre circostanze della causa, se la volontà di conferire un benefizio sia stato il motivo predominante dell'atto, e se, per contrario, il promettente abbia avuto lo scopo di spingere l'altra parte, mediante l'allettamento di un guadagno, a commettere una azione contraria alla legge, ai buoni costumi o all'ordine pubblico (2).

Le condizioni impossibili sono quelle che non possono effettuarsi secondo le leggi della natura, e il cui adempimento è perciò materialmente impossibile, non solo al legatario o al donatario, ma ad ogni persona indistintamente. Una condizione che il donatario o il legatario non fosse nello stato di adempiere, ma la cui effettuazione fosse possibile ad altre persone, non è a considerarsi come impossibile, e per conseguenza non dev'essere reputata non iscritta. È lo stesso delle condizioni il cui adempimento possa offrire più o meno difficoltà, sia pel donatario o pel legatario, sia per ogni altra persona (3).

Le condizioni illecite sono quelle che sono contrarie alle leggi, all'ordine pubblico o ai buoni costumi.

Per determinarsi se una condizione sia obbligatoria o se essa debba essere reputata non iscritta, è d'uopo unicamente attenersi allo stato delle cose esistente ed alla legislazione in vigore nel momento della formazione della donazione, o se trattisi di un testamento, nel momento della morte del testatore (4).

(1) Art. 1085; Duranton, VIII, 107 e seg.

(2) Le difficoltà che può far sorgere, nell'applicazione, la necessità di combinare la disposizione dell'art. 816, provano che, anche sotto il punto di veduta pratico, i compilatori del Codice civile hanno avuto torto nel collocare allo stesso livello, quanto all'effetto delle condizioni illecite, le donazioni tra vivi e le disposizioni testamentarie.

(3) Confr. L. 3, L. 6, § 1; L. 20, L. 37, L. 72, § 2, D. *de Cond. et dem.* 35, 4; L. 4, § 1, D. *de Stat. lib.* 40, 7; Thibaut, § 803; Weningingenheim, lib. V, § 458; Ricard, *op. cit.*, n. i 232 e seg.; Delvincourt, sull'art. 816; Duranton, VIII, 112 e seg.

(4) Chabot, *Quistioni transitorie*,

Devesi considerare come illecita ogni condizione, la quale tenda a restringere o ad inceppare la libertà di coscienza del donatario o del legatario, e soprattutto a privarlo della facoltà di cangiare religione come se cattolico presso noi (1). È lo stesso della condizione assoluta imposta al legatario o al donatario di non maritarsi, o di non collocare in matrimonio una persona sottoposta alla sua potestà (2). Ma bisogna considerare come lecita

v. Condizioni concernenti i matrimonii, § 1, n. 4. Duranton, VIII, 115.

(1) Toullier, V, 264. Duranton, VIII, 40. Colmar. 9 marzo 1827, Sir., XXVII. 2. 176.

* (2) Veniamo a condizioni più affini a' nostri usi.

* La condizione assoluta di non maritarsi vien considerata dal dritto romano come contraria all' ordine pubblico: posciachè fa pregiudizio allo Stato che ha il suo semenzaio nel matrimonio; ed inoltre incaglia una vocazione naturale, inceppa la libertà, e può da ultimo gittar nella via de' disordini e menare al concubinato.

* Questa dottrina insegnano tutti gli autori, concordi con le leggi romane, e ne han fatto un principio sempre ripetuto, anzi espressamente consacrato in due leggi dei 5-12 sett. 1791 e del 17 nevoso anno II. Senonchè a non voler errare, è necessario portar la critica nell' applicazione di siffatta regola.

* Il dritto romano nell' erigerla aveva un motivo politico che oggidì più non esiste nello stesso grado. Esso avea da lottare contro lo spopolamento che avea tenuto dietro alle guerre civili, contro l' esagerata propensione al celibato, ond' era infettata Roma. Era forza prestar soccorso alle riforme introdotte da' politici del tempo per eccitare al matrimonio. Un intero sistema di rigenerazione sociale e d'economia pubblica proscriveva tutto ciò che da presso o da lungi poteva tenere i cittadini discosti dal matrimonio; e a tali rigori non dovea sfuggire la condizione *si non nupserit*. Ma, la Dio mercè, i nostri costumi sono ben diversi; noi punto non lamentiamo lo scemamento della popolazione; non abbiamo altrimenti a deplorare il sistematico abborrimento dal matrimonio. Quest' unione tiene nella vita il posto che le appartiene; e la è una gran ragione per non mostrarsi troppo ombroso sulle condizioni relative al celibato. Il Codice non se ne occupa in modo speciale, come con troppa leggerezza avean fatto le succitate leggi, oggi abrogate. Esso se ne affida alla coscienza del giudice, per tenersi entro il limite de' nostri costumi e delle nostre idee.

Suppongo che Tizio abbia una nipote povera e che incarichi Caio suo erede di tenerla ed alimentarla in sua casa, ove non vada a marito. La saggezza di tal disposizione si spiega perfettamente: Tizio ha voluto che sua nipote non fosse esposta al bisogno; ma ha voluto eziandio che, se col matrimonio trovasse un sostegno, il suo erede fosse esentato dall' obbligo di mantenerla e darle da vivere. Ciò non è di fermo far la guerra al matrimonio; sibbene è dar un appoggio ad una persona che sarà nell' inopia finchè resti celibe.

* Quindi si scorge quanto pericoloso sarebbe di prendere senza distinzione le regole del dritto romano relative allà condizione *si non nupserit*. Da noi non v' è punto avversione pel matrimonio; ciò è fuor dei nostri costumi; nulla impedisce ad un testatore di prevedere il caso del celibato e regolar su questo stato le

La condizione di non maritarsi con una o più persone designate (1), ed anche quella di non rimaritarsi imposta ad un vedovo o ad

liberalità sue. Semprechè la condizione si spiega per un interesse del legatario e per una legittima previdenza del testatore, non è mica permesso calpestarla.

(1) L. 63, D. *de Cond. et dem.* 35, 1. Chabot, *op. e v. cit.*, § 3. Toullier, V, 257. Duranton, VIII, 123.

* Del rimanente, tutti convengono che la condizione di non maritarsi merita il rimprovero che le fanno le leggi romane sol quando è assoluta: Che se abbia un carattere relativo, dee prendersi in considerazione; esempligrazia, può il testatore legare una cosa a Tizia, se non si mariti con Tizio nemico di lui.

* Può altresì istituirla sua erede a condizione che non isposi un uomo di grado inferiore al suo ed il cui parentado può essere spiacevole alla famiglia. Checchè ne dica la Corte di *Liège*, non ci ha nulla in questa specie che ferisca l'ordine pubblico, le leggi, il rispetto per altrui. L'amore dell'uguaglianza è di certo lodevole cosa; ma non impedisce punto talune convenienze che risultano dalla posizione sociale, dalle relazioni civili e dall'educazione. Da un'altra banda, non è già sacrificata la libertà della persona con questo divieto, che lascia pure una latitudine amplissima alla scelta della legataria.

* Sarebbe la cosa altrimenti sol quando una ragione di pubblica decenza rendesse il matrimonio moralmente obbligatorio. Poniamo che il legatario abbia resa madre una fanciulla della sua condizione, e che il testatore gli inibisca di sposarla; questa condizione sarebbe contro il buon costume, epperò verrebbe rigettata. La Corte di Brusselles ebbe anzi, e ragionevolmente, giudicato con arresto del 6 maggio 1809 che non dovea tenersi verun conto del divieto che il testatore esercente la professione medica avea fatto ad una sua nipote, di sposare un tal C. Brichot musicante. Allorchè il testatore avea siffattamente disposto, ignorava che la nipote era incinta per opera del Brichot. Sgravatasi la fanciulla d'un figliuolo, di cui il Brichot s'era dichiarato padre con un atto autentico, era evidente che in simil caso il matrimonio era un atto morale, tendente a riparar l'onore della legataria, ad assicurare uno stato legittimo alla sua prole, e che la proibizione scritta nel testamento dovea restare inefficace, malgrado la disparità di condizione.

* In quest'ordine d'idee, si domanda se sia valida la condizione di non maritarsi senza la venia ed il formale consenso della tal persona. Il parlamento di Provenza decise con arresto del 10 ottobre 1675 che la condizione imposta ad un figlio dal padre di non ammogliarsi che col consenso dello zio doveva esser rigettata... Una simigliante decisione fu renduta dalla Corte di Parigi il 7 giugno 1849 nella causa Starpoole.

* Questi due arresti possono avvalorarsi della l. 72, § 4, D., *de cond. et dem.*, il cui motivo, chiaramente espresso da Papiniano, è che non si rechi impedimento al matrimonio: *ne quod omnino nuptiis impedimentum inferatur*. Cuiacio, commentando questo testo, fa osservare che gli è a un dipresso come se il testatore imposto avesse alla legataria l'obbligo di non maritarsi; dappoichè, dipendendo il matrimonio dall'arbitrio del terzo, cui il testatore si è affidato, cos' accadrà, se a questo terzo venga in mente di ricusar qualunque partito? *quid si Titius arbitrari nolit? quid si nullam nuptiarum conditionem comprobet?* Non è come se il testatore avesse im-

una vedova, eccetto però se quest'ultima condizione sia stata prescritta ad una persona che non abbia figli del suo primo matrimonio, da tutt'altra persona che dal suo coniuge: nel qual caso, essa dovrebb'essere reputata non iscritta (1). Decsi, a maggior ra-

posto alla legatoria il celibato? Senzachè, le leggi han pur designate le persone, il cui consenso è necessario al matrimonio; ed è patente che l'arbitrio di un testatore non può estenderne il circuito per restringere la libertà.

(1) La novella 22, cap. XLIII e XLIV, dichiara valida la condizione di non rimaritarsi, anche nel caso in cui essa fosse apposta da un estraneo ad una disposizione fatta in vantaggio, sia di una vedova, sia di un vedovo, ed in cui il legatario non avesse figli dal suo primo matrimonio. Proudhon *(dell' Usufrutto* 1, 409, 410 e 413) insegna che le disposizioni di questa Novella debbano essere seguite per ogni riguardo sotto l'impero del Codice civile. Vedi nel medesimo senso: Merlin, *Rep.*, v. Condizione, sez. II, § 5, n. 4; Chabot, *op. e v. cit.*, § 1; Toullier, V, 259; Tolosa, 25 aprile 1826, Sir., XXVI, 2, 13. Per contrario, Duranton, VIII, 128 opina che la condizione di serbare la vedovanza non sia obbligatoria, se non in quanto la persona, alla quale venga imposto, abbia figli, e le sia imposta dal suo coniuge o dai parenti di costui. Noi abbiamo stimato di dover adottare l'opinione intermedia enunciata nel testo. Crediamo bene con Duranton, che la condizione di non rimaritarsi debba essere reputata non iscritta, quando sia stata imposta unicamente per effetto di un capriccio o di una volontà bizzarra; ma non ci sembra che si possa riguardare come l'effetto di un puro capriccio la condizione di serbar vedovanza imposta da uno dei coniugi all'altro, anche nel caso in cui quest' ultimo non avesse figli. Confr. Rouen, 16 luglio 1834, Sir., XXXIV, 2, 443.

* Troplong svolge questa quistione nei seguenti termini:

* Evvi un'altra quistione attinente alla libertà dei matrimonii, che consiste nel sapere se sia legittima l'obbligazione di serbar lo stato vedovile.

* L'antico dritto romano presentava su questo punto delle combinazioni bizzarre. È noto che le società antiche fomentavano con leggi speciali lo sviluppo della popolazione, troppo sovente esposta in quei tempi a grandi scemamenti. Le leggi di Roma, massime quelle del secolo di Augusto, per favorire la procreazione dei figli, avevano eccitato al matrimonio e combattuto il celibato. In questo ordine d'idee la vedovanza non era punto considerata a Roma come uno stato degno di favore. Perciò la legge *Julia Miscella*, così denominata dal suo autore Giulio Miscello, permise alle donne, nonostante la condizione di vedovanza imposta loro dal marito, di maritarsi entro l'anno dalla costui morte, giurando che, se prendevano un secondo marito, era unicamente col pensiero di aver dei figli; mediante il qual giuramento, si dispensava dalla condizione e si rilasciava loro il legato.

* Che se però le seconde nozze non avean luogo nel volger dell'anno, la condizione di non rimaritarsi sussisteva in tutta la sua forza, e non veniva rilasciato alla vedova il legato, se non dava la cauzione muciana, di non rimaritarsi altrimenti.

* Questo giuramento richiesto dalla legge *Julia Miscella* era una grande occasione di spergiuri; epperò Giustiniano lo tolse via e tolse parimente la cauzione muciana. Se-

gione, considerare come lecita la condizione di maritarsi o di sposare una persona designata (1), purchè però non esista pel le-

nonchè non guari dopo disfece ciò che avea fatto; stantechè, avendo il cristianesimo elevata a merito la vedovanza, egli volle che la condizione di non rimaritarsi non fosse punto tenuta in dispregio; e dichiarò che tal condizione era lecita, e che la persona la quale non vi si conformasse sarebbe privata del legato.

* Il carattere altamente cristiano di questa legislazione non potea mancare di farla ammettere in Francia; e così venne seguita tanto nei paesi di dritto scritto quanto in quelli consuetudinarii.

* E seguivasi eziandio nei paesi stranieri. Voet ha benissimo confutato Groenewegben, il quale pensava che la condizione di vedovanza avesse a risguardarsi come non iscritta.

* Ma tutte queste idee del dritto francese furono rovesciate dalle leggi del 1791 e dell'anno II, già sopra citate, per far ritorno alle idee pagane della pristina legislazione romana. Ammirevole progresso degli intelletti rivoluzionari! Forse perchè Montesquieu avea detto che la Novella di Giustiniano era stata fatta sopra idee di perfezione, perciò coloro ne furono spaventati? In quanto a me, non credo punto che la nostra società debba lasciarsi andare alle medesime apprensioni. Quelle due leggi sono state abrogate dal Codice Napoleone secondo la legge del 30 vent. anno XII; teniamoci adunque nelle regole ragionevoli e vere dell'antica giurisprudenza. Havvi egli al mondo cosa più evidente di una simile quistione? Un marito non ha forse un interesse d'affezione per desiderare che sua moglie resti vedova? non può una moglie aver lo stesso motivo perchè il marito non passi a seconde nozze? Se vi son figli del matrimonio non è forse potentissimo l'interesse di questi figli per rendere pernicioso un secondo matrimonio? Or quando il testatore, imponendo la vedovanza, ristora in certa guisa il superstite di tal sacrifizio con vantaggi pecuniarii, che son pure un attestato di amicizia, si oserà mai distaccare il risarcimento dalla legge ond'è corollario, e così falsare delle volontà degne d'esser rispettate? La giurisprudenza formatasi sotto il Codice Napoleone non l'ha consentito, e numerosi arresti han confermata l'antica dottrina.

* La condizione di vedovanza può venir imposta, sia alla moglie, sia al marito; può esserlo; vuoi da un coniuge all'altro, vuoi da un terzo, il quale abbia un interesse d'affezione perchè la memoria del defunto sia serbata tanto per la conservazione del suo nome quanto per rispetto ai suoi figli.

* Per estendere viemaggiormente la mia proposizione, soggiungo: un uomo può aver fatto del matrimonio un tristo esperimento; di umor difficile, d'indole insocievole, egli ha resa infelice la sua consorte, e certamente sarebbe il martoro anche di quella che sposasse in seconde nozze: il testatore che lo ama e vuol preservarlo da una risoluzione avventata, gl'impone la vedovanza, facendogli un legato. Questa è una buona ed umana disposizione, e dovrà esser rispettata.

(1) Arg. art. 1043. Toullier, V, 251. Duranton, VIII, 125. Chabot, *op. e v. cit.* § 1.

** La condizione di sposarsi ad una persona designata, sebbene contenga implicito il divieto di sposarsi ad altre, è valida, ed il legato non è dovuto, se quella non è fedelmente adempita. E si il testatore ha

galario o pel donatario un impedimento assoluto di maritarsi o di sposare la persona designata (1). La condizione di abbracciare o di non abbracciare una data professione o un dato stato, onesto d'altronde, dev'essere riguardata come nulla, se apparisse dalle circostanze che il disponente abbia avuta l'intenzione, sia d'inceppare la libertà civile o religiosa del donatario o del legatario, sia di contrariare l'interesse pubblico. Nel caso contrario, essa dovrebb' essere considerata come valida (2).

potuto aver delle ottime ragioni per agevolar questo anzichè un altro matrimonio, come ha fatto promettendo una dote. Or che v'ha egli in ciò che sia proibito? Se il legatario vuol contrarre un'altra unione, è forza rinunzii al legato, senza di che sarebbe pervertita la volontà del testatore, sarebbero guaste le sue combinazioni. Per principio, le condizioni prescritte da un testatore debbon essere fedelmente eseguite, eccetto se contrarie alle leggi ed al buono costume; or chi potrebbe dire che una condizione, il cui effetto è di eccitare ad un matrimonio vantaggioso, contenga il menomo elemento reprensibile?

* Se tuttavia la persona indicata fosse indegna o infame, se il legatario non potesse sposarla senza subir l'umiliazione e l'onta, egli sarebbe esonerato dalla condizione; che questa andrebbe contro ai buoni costumi, i quali riprovano i matrimonii mal condizionati, perchè di rado vi s'incontra l'unione e la pace, perchè sono un'occasione di scandalo nelle famiglie. Ei ci ha maggior durezza in questa condizione che in quella che vieta assolutamente il matrimonio; posciochè la seconda non impone che una privazione, ma la prima impone l'obbrobrio.

* Notate importanto che, se il testatore avesse avuto un manifesto interesse all'adempimento della condizione, come per esempio se, avendo una parente di costumi disordinati, volesse ricondurla nel retto sentiero, procacciandole un buono matrimonio, non potrebbe il legatario prendersi il legato e ripudiare la condizione: non si potrebbe in simil caso escludere la disposizione testamentaria; questa è stata determinata da un buon motivo, e morale; il legatario adunque non può ricusar la mano della donna se non rinunziando al legato.

** (1) Si dovrebbe parimente respingere la condizione di sposarsi ad una persona questa, ma con la quale il matrimonio è proibito; attesochè le nozze incestuose sono uno dei maggiori scandali da cui possa venir afflitta una società ben regolata.

* *Quid* se la proibizione fosse di quelle che possono venir rimosse con dispensa? Mantica e Forgole son di parere che cotal circostanza non dovrebbe impedire la soppressione della condizione; ed a questa dottrina era conseutanea la giurisprudenza del parlamento di Tolosa. Ma noi la repudiamo per avventura troppo rigorosa. Imperocchè il testatore mosso da un intendimento conservativo, ha voluto mantenere i beni nella sua famiglia e ravvicinare i rami; or nulla d'immorale ci ha in questo pensiero: e, comunque il testatore non abbia presa la precauzione di parlar delle dispense, è chiaro che egli ha sottinteso che si domanderebbero.

(2) Conf. sull'effetto di somiglianti condizioni; Toullier, V, 261 e seguenti; Duranton, VIII, 131 e seg.; Grenoble, 22 dicembre 1825. Sir.,

Le disposizioni dell'artic. 816 si applicano ai pesi annessi ad una donazione o ad un legato, come alle condizioni propriamente det-

XXVI, 2. 276.

** Troplong su codesto fa le seguenti osservazioni:

* Dopo le condizioni concernenti la libertà dei matrimonii, vengono quelle relative alla libertà di prendere uno stato. La condizione di darsi al tal mestiere, alla tale professione, di eleggere il tale stato, è un incoraggiamento ad assicurarsi nel mondo una posizione onesta, ed un mezzo di facilitar l'accesso alle carriere: nulla evvi in essa che sia contrario alla libertà; ne abbiamo veduto un esempio nella condizione di farsi prete.

* In verità, le leggi del 1791 e dell'anno II avevano proibito le condizioni di prendere il tale stato, il tal impiego, la tale professione. Ma in ciò non erano abbastanza riflettute, e non è da tenerne alcun conto.

* Vero è pure che alcuni esempii tolti dalla giurisprudenza antica parrebbero infirmare la nostra proposizione. Citasi un arresto del parlamento di Tolosa del 18 febbraro 1627, col quale fu giudicato che, avendo un padre agricoltore istituito suo figlio a condizione di esser agricoltore anch'egli, non doveva questo figlio esser privato dell'eredità perchè s'era fatto architetto. Io concepisco perfettamente che, sotto l'imperio della patria potestà romana, adottata nelle provincie meridionali, che dava al padre di famiglia dei dritti si esorbitanti sui suoi figli, perfino il dritto di diredazione, concepisco, diceva, che una tal condizione, applicandosi ad una successione, alla quale il figlio è chiamato dalla natura, sia stata interpretata a rigore. Ma, in tutti gli altri casi, in cui il testatore dispone sovranamente di ciò che gli appartiene e lo dona, *nullo iure cogente*, una condizione ragionevole quanto quella di prendere un dato stato non può incontrar veruna difficoltà.

* Per contrario, nulla vieta ad un testatore di far un legato a condizione che il legatario non abbracci il tale stato, non si faccia prete, non avvocato, non giornalista, non pittore, non musicante e via dicendo.

* Ciò ne conduce a far osservare che le leggi han condannato le condizioni che sono inciaglio alla libertà sol quando queste tendano a metter la persona del legatario in una cattività assoluta. Per esempio: — Voi non lascerete la mia tomba, — ovvero: — Farete nella tal città una residenza continuata — ovvero: — Non vi dipartirete dal tal luogo. — Queste condizioni evidentemente inceppano la libertà naturale senza ragione plausibile, senza verace utilità, senza serio interesse: *ius libertatis infringitur*.

* Sta però altrimenti la cosa, quando la condizione è stata dettata da una ragione di moralità evidente o d'interesse pubblico o privato. Una donna mena una vita sregolata; il testatore, che vuole strapparla a questo funesto indirizzo, le fa un legato a condizione che si riduca in un ritiro. Questo legato è affatto pio, e la condizione dev'esser mantenuta.

* Parimente, volendo un testatore esser utile alla sua città natale, vi fonda un pubblico istituto d'insegnamento ed assegna uno stipendio di 10,000 fr. a Tizio, celebre professore, se consentirà di consacrar la sua vita ad insegnar colà. Sacro legato è questo; in suo favore parla altamente l'interesse pubblico, e Tizio ne è di certo onorato.

* Del pari, infine, nulla impedisce

le (1). Il peso imposto al donatario o al legatario di rinunziare ad una successione a cui potrà egli essere chiamato, non deve essere reputato come non iscritto (2). Esso equivale ad una condizione risolutiva, in questo senso, che se dopo l'apertura della successione, il donatario o il legatario eserciti i suoi diritti ereditarii, la donazione o il legato si troverà rivocato. Il divieto di alienare i beni donati o legati, ingiunto in termini assoluti, deve essere reputato non iscritto. È lo stesso della proibizione imposta al donatario o al legatario, sia di alienare le cose donate o legate prima che egli abbia figli, sia di alienarle a vantaggio di persone diverse da quelle che sieno indicate dal disponente (3).

Il donante o testatore può imporre un peso qualunque a vantaggio di un terzo, pel caso in cui il donatario o il legatario facesse o non facesse una data cosa. Nondimeno, se il fatto, la cui omissione sia così indirettamente ingiunta al donatario o al legatario, fosse comandata dalla legge o dai buoni costumi, la disposizione a vantaggio del terzo sarebbe nulla (4).

che una persona attempata o inferma doni ad alcuno una rendita o una somma di danaro o checchessia, sotto l'espressa condizione che il donatario abbia ad abitar con essolei. Qui la restrizione è temporanea, limitata alla durata della vita del donante, e solo in forza d'una *alea* può estendersi a tutta la vita del donatario.

* Tanto meno si dovrebbe per avventura rigettar la condizione che si limita a vietare al legatario di dimorare nel tal luogo designato; che in tal caso la restrizione alla libertà è lievissima, potendo il legatario dimorare ovunque altro.

* La condizione di vivere onestamente non è punto di quelle che si possono considerare come lesive della libertà; impone soltanto dei doveri di dritto naturale. Il legatario che mancasse all'onestà nella sua condotta potrebbe esser privato del legato.

(1) Duranton, VIII, 141.

(2) Questa clausola, la quale non ha altro oggetto, salvo quello di obbligare il donatario o legatario, se egli sia realmente chiamato alla successione, di scegliere tra la conservazione della donazione o del legato, e l'esercizio dei suoi diritti ereditarii, non è contraria nè alla legge nè ai buoni costumi. Toullier, V, 269; Augers, 27 luglio 1827, Sir., XXVIII, 2, 149. Confr. Ric. rig., 16 agosto 1843, Sir., XLIII, 1, 874. Vedi in senso contrario: Duranton, VIII, 146.

(3) In queste diverse ipotesi, il divieto di alienare non è che un nudo precetto, il quale non conferisce azione ad alcuno, ed all'osservanza del quale il donatario o il legatario non può per conseguenza essere astretto. L. 114 § 4, D. *de Leg.* 1. 30; L. 38, § 14. D. *de Leg.* 3., 32. Merlin, *Rep.* v. Sostituzione fedecommessaria, sez. VIII, n. 5 *bis*. Toullier, V. 51, Rolland de Villargues, *delle Sostituzioni proibite*, num. 299 e 300. Parigi, 11 marzo 1836. Sir., XXXVI 2; 360. Vedi sui casi in cui la proibizione di alienare importasse peso di conservare e di restituire, nel senso dell'art. 911:

(4) L. unica, C. *de His quae poenae nomine* 6, 41. § 36. *Inst. de Leg.* 2, 20. Duranton, VIII, 117 e seg.

Il donante o testatore può, sotto la medesima restrizione, sottoporre a rivocazione la donazione o il legato, pel caso in cui il donatario o il legatario facesse o non facesse una data cosa. La clausola colla quale un testatore, facendo un legato ad uno dei suoi eredi, avesse pronunziata contro di costui la decadenza dal benefizio di questo legato, nel caso in cui egli attaccasse il testamento ovvero disposizioni anteriori fatte dal testatore, deve, in generale, essere reputata non iscritta (1). Ciò non ostante, si

(1) Importa poco che la nullità, a cagione della quale il testamento o la donazione fossero suscettivi di essere attaccati, sia di ordine pubblico o no. Poitiers, 2 giugno 1824, Sir., XXV, 2, 59. Ric. ric. 14 dicembre 1825, Sir., XXVI, 1, 186. Civ. rig., 30 luglio 1827, Sir., XXVIII, 1, 36. Bordeaux, 30 lug. 1832, Sir., XXXIII, 2, 154.

* La condizione di non impugnare un atto nullo ha dato luogo a dissensioni.

* Una donna aveva fatta ad un ospizio una donazione nulla. Istituendo la sua legataria universale, vietolle di domandare l' annullamento di questa donazione; altrimenti, istituiva in luogo di lei un altro erede. Malgrado una proibizione così formale, la legataria universale impugnò la donazione e, per isfuggire alla clausola penale, pretese esser nulla la condizione come contraria alle leggi. Il suo sistema, dopo aver trionfato in tutt' i gradi di giurisdizione, fu sanzionato con arresto della Corte di cassazione del 14 dicembre 1825.

* Qual è la ragione di siffatta decisione? È che l' ospizio non era stato autorizzato ad accettar la donazione. Qui dunque si trattava di una nullità d' ordine pubblico. Si potè credere che il divieto fatto dal testatore tendeva a portare una lesione alle leggi d' interesse generale, che limitano gli acquisti da parte degli stabilimenti pubblici.

* Questo arresto contiene una decisione, la quale si può così generalizzare: quando una disposizione è radicalmente nulla come illecita, contraria a' costumi ed all' ordine pubblico, la clausola onde il testatore cercasse di mantenerla sarebbe nulla del pari.

* Esempligrazia, se il testatore, dopo aver fatta una sostituzione, privasse l' erede della sua successione nel caso impugnasse la sostituzione e desse ad un estraneo i suoi beni, questa clausola sarebbe priva di valore; sarebbe una lotta del testatore contro la legge; sarebbe un mezzo indiretto di far valere delle disposizioni, nelle quali vede il legislatore un pericolo pubblico.

* Ma, se la nullità dell' atto non sia d' ordine pubblico, sarà da decidere alla stessa guisa? Siffatta quistione fu agitata all' udienza della camera de' ricorsi del 23 aprile 1844. Il testatore avea fatto un legato a condizione che il legatario non impugnasse il suo testamento. Pure questi non si credè tenuto dal divieto; ed introdusse un atto in giudizio per far decidere che il testamento era infetto di captazione. Allora il suo avversario, facendo delle conchiusioni riconvenzionali, domandò che quegli fosse dichiarato decaduto dal legato. Su di che, la Corte di Parigi, dichiarata mal fondata la domanda di nullità del testamento, ricusò di pronunziar la decadenza, decidendo che la condizione era contraria alla libertà e dovea considerarsi come non iscritta. Sul ricorso, l' avvocato generale Delangle combattè fortemente l' arresto, e dopo deliberazione, il ricorso fu ammesso con

potrebbe mantener ferma, come racchiudente una semplice scelta, la disposizione colla quale un ascendente, facendo un legato a pro di uno dei suoi discendenti, avesse dichiarato di ridurre quest'ultimo alla riserva, nel caso in cui egli impugnasse, come eccessive, le disposizioni fatte a favore di altre persone (1).

617 **2. Delle sostituzioni (2). —a. Delle sostituzioni, in generale.**

La sostituzione, in generale, è una disposizione con cui un terzo vien chiamato a raccogliere una liberalità in mancanza di un'altra persona o dopo di lei (3).

Le sostituzioni si dividono in dirette o volgari, ed in indirette o fedecommessarie (4).

La sostituzione volgare è quella con la quale una persona è chiamata a raccogliere il vantaggio di una disposizione, nel caso in cui un'altra persona, chiamata

arresto del 23 aprile 1844.

* Innanzi alla camera civile si rinnovò la discussione; e l'arresto impugnato fu annullato conformemente alle conchiusioni dello stesso avvocato generale con arresto del 22 dicembre 1845.

* Io son di credere che questo arresto servirà di regola per l'avvenire; che non èvvi cosa più rispettabile della volontà di un testatore, il quale cerca antivedere i litigi dopo la sua morte ed oppone un freno allo spirito contenzioso del suo erede. La clausola penale dee dunque produrre i suoi effetti salutari, e tale è la decisione di Giustiniano, il quale respingendo delle viete sottigliezze, vuole che tutte le pene pronunziate dal testatore sieno eseguite quando non menino a cosa impossibile, vergognosa o contraria alle leggi.

* Nella specie giudicata dalla Corte di cassazione trattavasi d'un legatario che aveva impugnato il testamento per captazione, che nel giudizio avea fatta mala prova, e per conseguenza, senza ragione alcuna, avea mancato alla legge impostagli in un atto valido e che portava l'espressione della volontà del testatore.

* Se la nullità si riferisce alla forma esterna, la cosa sarebbe diversa; conciossiachè la forma de' testamenti è di dritto pubblico: *Testamenti factio non privati, sed publici juris est;* ove così non fosse, dipenderebbe dal testatore di sottrarre il suo testamento alle più saggie precauzioni introdotte dalla legge civile e dal diritto pubblico; egli astringerebbe i suoi eredi a ricevere la legge testamentaria da un atto che non è mica un testamento.

(1) Ric. rig., 1 marzo 1830, Sir., XXX, 1. 82. Ric. rig., 1 marzo 1831, Sir., XXXI, 1. 100.

(2) Vedi sulle sostituzioni in generale; *Trattato delle sostituzioni* di Ricard e di Pothier, nelle loro opere; *Trattato delle sostituzioni*, di Thevenot d'Essaule, Parigi 1778, 1 vol. in 4.

(3) Ricard, *op. cit.*, cap. I, n. 21.

(4) La sostituzione pupillare e la sostituzione quasi-pupillare o esemplare, usitate nel diritto romano e ne' paesi di dritto scritto, sono state espressamente abolite dall'art. 61 della legge del 17 nevoso anno II, e l'abolizione ne è stata conservata, sol perchè il Codice civile non le ha ristabilite (b. Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione diretta, § 2. n. 16. e § 3. n. 10. Torino, 1 febbraio 1816, Sir., VI, 2, 101. Torino, 13 febbraio 1810, Sir., XIII, 2, 328.

ta in primo luogo, non potesse o non volesse profittarne.

La sostituzione fedecommessaria (*sensu lato*), o il fedecommesso, è una disposizione colla quale, gratificandosi una persona, le s'impone il peso di restituire la cosa donata o legata ad un terzo che si gratifica in secondo ordine. Il peso di sostituire può essere imposto al donatario o legatario, sia puramente e semplicemente o con indicazione di un termine certo, sia sotto una condizione sospensiva o con indicazione di un termine incerto. Nel primo caso, la disposizione costituisce ciò che nel dritto romano chiamavasi un fedecommesso puro o semplice. Nel secondo, essa costituisce un fedecommesso condizionale. Allorchè il peso di restituire sia subordinato alla condizione della sopravvivenza del donatario o legatario gratificato in secondo ordine (il *sostituito* o il *chiamato*), al donatario o legatario gratificato in primo luogo (il *gravato*), ed alla sua capacità nel momento della morte di quest'ultimo, la disposizione costituisce ciò che chiamasi più specialmente, nel dritto francese, una sostituzione fedecommessaria, o semplicemente una sostituzione. Segue da ciò, che ogni sostituzione fedecommessaria, nel senso del dritto francese, è bene un fedecommesso condizionale nel senso del dritto romano; ma che ogni fedecommesso condizionale non è una sostituzione fedecommessaria (1). Le sostituzioni fatte a favore di più persone, o della stessa generazione, o di più generazioni, chiamate successivamente a raccogliere il benefizio d'una donazione o d'un legato, si denominano successive o graduali. Allorchè sieno fatte a vantaggio di tutti i discendenti, senza limitazione di grado, sia del gravato, sia d'un terzo, esse vengono chiamate perpetue.

Le sostituzioni volgari sono formalmente autorizzate dall'articolo 936. Esse possono aver luogo in ogni specie di disposizioni testamentarie. Possono ancora avere luogo nelle donazioni tra vivi di beni presenti, fatte sotto una condizione sospensiva o risolutiva (2). Così, è valida la disposizione con cui il disponente, facendo a *Primo* donazione tra vivi di una casa sotto la tale o la tale altra condizione, dichiari di donare lo stesso immobile a *Secondo*, nel caso in cui questa condizione venisse a mancare (3).

(1) Merlin, *Rep.* v. Istituzione contrattuale, § 5, n. 8. Toullier, V, 34 e seg. Duranton, VIII, 55. Rolland de Villargues, *delle Sostituzioni proibite*, n. 49.

(2) Poitiers, 3 aprile 1818, Sir., XVIII, 2, 197. Non si sa concepire alcuna sostituzione volgare in una donazione tra vivi pura e semplice: perciocchè la donazione non è perfetta che mercè l'accettazione, e 'l donatario puro e semplice, il quale abbia accettata la donazione, essendone investito in un modo irrevocabile, non può esser dato ad un altro, il raccoglierla in sua vece. Duranton, VIII, 36.

(3) Vedi sulle sostituzioni volgari: Merlin, *Rep.* v. Sostituzione diretta.

I fedecommessi puri e semplici, ed anche i fedecommessi fatti sotto una condizione diversa da quella della sopravvivenza del sostituito, e che non suppongono necessariamente la premorienza del gravato, sono ugualmente autorizzati, come costituenti non altro salvochè semplici disposizioni modali (1). Debbonsi dunque considerare come valide non solo le disposizioni fatte col peso di restituire i beni donati o legati, sia immediatamente dopo l'apertura dei dritti del donatario o del legatario, sia dopo un dato decorrimento di tempo, ma altresì le disposizioni fatte sotto le condizioni seguenti, ovvero sotto condizioni analoghe: « Io dono i miei beni a Pietro col peso di restituirli al mio figlio, se egli ritorni dall'armata, ovvero, col peso di restituirli a Paolo, quando egli avrà compiuta la tale età, o se la tal nave ritorni dalle Indie » (2). Del rimanente, il peso di restituire può essere espresso formalmente dal disponente, o risultare implicitamente dalle parole colle quali la disposizione sia concepita. Così, per esempio, se un testatore, istituendo un erede, lo avesse gravato di dividere la sua successione con una designata persona, vi sarebbe in ciò l'equivalente di un peso di restituire (3).

Quanto alle sostituzioni propriamente dette, esse erano permesse nei paesi di dritto scritto, e nella maggior parte dei paesi consuetudinarii (4). Conformi allo spirito generale della legislazione ed ai costumi del tempo, i quali tendevano alla conservazione dei beni nelle famiglie, esse non erano state, nel principio, sottoposte ad alcuna limitazione relativamente al numero dei gradi pei quali potevano aver luogo. Ma i molti inconvenienti annessi alle sostituzioni perpetue, l'uso delle quali era divenuto frequentissimo, e le quali in un gran numero di famiglie avevano creato, allato alla successione ordinaria, un ordine particolare di successione, fecero restringere la facoltà di sostituire a due gradi, non compresa l'istituzione (5).

I motivi che avevano fatto ammettere le sostituzioni nel dritto antico trovandosi in diretta opposizione colle vedute politiche che servirono di base alla legislazione intermedia, perciò l'uso di

(1) Art. 1075, ed arg. da quest'articolo.

(2) Grenier, *Osservaz. prelim.*, n. 4. Toullier, V, 40. Duranton, VIII, 80. Rolland de Villargues, *op. cit.* n. 218 e seg. Poitiers, 29 luglio 1830, Sir., XXX, 2, 313. Ric. rig., 20 dicembre 1831, Sir., XXXII, 1, 43. Rouen, 22 febbraio 1834, Sir., XXXIV, 2, 654. Ric. rig., 17 giugno 1835, Sir., XXXVI, 1, 43.

(3) Rolland de Villargues, *op. cit.*, n. 212.

(4) Vedi sulle consuetudini che avevano proscritta o ristretta la facoltà di sostituire: Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. I, § 12.

(5) Conf. ordinanza di Orléans del 31 gennaio 1560, art. 59; ordinanza di Moulins di febbraio 1566, art. 57, ordinanza sulle sostituzioni del 1747, art. 30 e seg.

questo genere di disposizione fu vietato in un modo assoluto dalla legge del 25 ottobre 14 novembre 1792. L'art. 2 di questa legge colpì ancora di estinzione quelle sostituzioni le quali, formate anteriormente, non fossero ancora aperte nell'epoca della sua pubblicazione (1). I compilatori del Codice civile, mentre conservavano per principio la proibizione delle sostituzioni, che presentavano germi tuttodì rinascenti di discordie e di liti, e che erano inconciliabili coll'interesse generale della società, come quelle che ritiravano dal commercio una considerevole quantità di beni, credettero nondimeno di doverne autorizzare l'uso a vantaggio di determinate persone, e fra limiti d'altronde molto stretti (2). Il ristabilimento dell' istituzione dei maioraschi recò una prima modificazione al sistema stabilito dal Codice civile, e diè luogo, nel tempo della revisione di questo Codice, nel 1807, all' inserzione del 3 comma nell'art. 942. Indi, la legge del 17 maggio 1826, promulgata in un' epoca di reazione politica, e collo scopo di consolidare il principio monarchico, venne ad estendere la facoltà di sostituire ben al di là dei limiti nei quali il Codice civile l' avea ammessa per eccezione.

* *Diritto intermedio Napolitano-Siculo.*— Venuti i Francesi all'occupazione del regno, cominciarono con la legge del 27 settembre 1806 a sciogliere dal vincolo del fedecommesso le adoe, le partite fiscali di arrendamento o di carte bancali, quelle di decima generale o particolare e di qualunque altro credito contro lo Stato e poi si limitarono coll'altra del 15 marzo 1807 ad abolire in generale le antiche sostituzioni fedecommessarie, ma sotto alcune riserve pei chiamati viventi in tal epoca (3), solo vietando le

(1) Vedi, sulle quistioni transitorie che ha fatte sorgere la disposizione retroattiva dell' art. 2 della legge del 14 novembre 1792: Merlin, *op. e v. cit.* sez. 1, § 13.

(2) I motivi che hanno determinato i compilatori del Codice civile a confermare la proibizione delle sostituzioni pronunziata dalla legge del 14 novembre 1792, sono sviluppati nella *Esposizione de' motivi del titolo delle Donazioni tra vivi e dei testamenti*, presentata da Bigot-Preameneu (Locrè, *Legisl.* t. XI, e seg. n. 4).

* (3) Ecco gli art. contenenti le riserve in essa apposte;

* Art. 2. I sostituti immediati che si troveranno tali così nell' epoca della pubblicazione di questa legge come nel tempo della morte degli attuali gravati, comproveranno il loro dritto alla trasmissione de' beni soggetti alle anzidette sostituzioni nella totalità se sono discendenti, nella metà se son collaterali, purchè nell' epoca della pubblicazione di questa legge sieno o conjugati o vedovi con figli. In caso di premorienza dei detti sostituti il loro dritto sarà rappresentato dai loro figli collettivamente con la preferenza de' maschi alle femine secondo le leggi del regno.

* Art. 3. Se la trasmissione suddetta ha luogo nella linea diretta del gravato, i figli maschi del medesimo potran pretendere la legittima sopra

nuove sostituzioni per l'avvenire. Indi con la legge del 18 giugno dello stesso anno dichiararono comprese nell'abolizione delle sostituzioni fedecommissarie le chiamate al godimento di prelature, di commende familiari dell'ordine Gerosolimitano, di legati pii e cappellanie laicali, e di qualunque beneficio senza cura di anime ed obbligo di residenza.

* Alla fine si vide risplendere nella Francia il giorno in cui la ragione poteva fars' intendere, dopo il regno tempestoso della rivoluzione. Fu allora che si conobbe che la pretesa *eguaglianza* che si voleva stabilire non era che una chimera impossibile a realizzarsi (1); che il distrugger tutto era pure un abuso; che non bisognava sempre e troppo ascoltare l'animosità contro le istituzioni invecchiate coi difetti;

i beni trasmessi, nel qual caso rimarrà estinto qualunque dritto potessero avere sopra di quelli, e si dovrà loro imputare tutto ciò che avran potuto ricevere al di là della legittima sopra i beni liberi dello stesso gravato. Le figlie non maritate avranno un dritto sussidiale di paraggio sopra i beni trasmessi, qualora non ne sieno congruamente provveduti sù i beni liberi del gravato, o dai monti di famiglia.

* Art. 4. Nel caso di premorienza di alcuno dei figli dell' attuale gravato, il dritto loro accordato coll' articolo precedente sarà rappresentato dai loro discendenti in stirpe e non in capi.

* Art. 5. Nell' epoca della trasmissione, i beni fedecommessi saran soggetti in sussidio de' beni liberi dell' attuale gravato, ai debiti ipotecari che il medesimo ha contratti, o riconosciuti avanti la pubblicazione di questa legge, e ciò non ostante se l' attuale gravato vorrà liberarsi egli stesso dai suddetti debiti coi beni fedecommessi, potrà farlo, purchè ciò sia sempre in sussidio dei beni liberi. In ogni caso i detti debiti saran pagati secondo la loro rispettiva anteriorità, la quale non potrà per altro impedire che i creditori afficienti sieno preferiti.

* Art. 6. Dal momento che il fedecommesso sarà sciolto, quelli tra gli ulteriori chiamati non compresi nell' art. 3, in favor de' quali il fedecommesso è gravato di un credito vitalizio costituito pria della pubblicazione di questa legge, se vorranno ridurlo in capitale, dovranno farne la domanda tra lo spazio di sei mesi. Nel qual caso il possessore tra il corso dei due anni dovrà dare ai detti creditori vitaliziauti o in danaro od in fondi a loro scelta per prezzo del loro vitalizio, quindici volte il suo valore annuale, se l'età loro è infra i quaranta anni; dieci volte da quaranta al sessanta, ed otto volte dagli anni sessanta in appresso: ben inteso però che tutti quelli che si trovano nel momento presente ammogliati con figli, saranno, qualunque sia l'età loro, considerati come quelli della prima classe. La disposizione di questo articolo non si estende a coloro che han professato voti religiosi, o che han presi ordini sacri, pei quali si osserveranno le leggi veglianti.

** (1) La disuguaglianza degli averi, disse l' oratore del tribunato, Favard, è inevitabile, per essere la conseguenza necessaria della natura dell' uomo, e dello stabilimento della società; essa esisterà sempre relativamente alle facoltà fisiche, morali, industriali; ed essa produrrà necessariamente quella delle sostanze.

che l'interesse generale deve ammansire questo sentimento, e dirigerlo verso una giusta combinazione tra ciò ch'è pericoloso, e ciò che può esser utile.

** Quindi, dopo l' esperienza fatta della legge del 4 germile anno 8, ebbe luogo il progetto adottato nel Codice civile, nel quale rinnovandosi la proibizione delle sostituzioni fedecommessarie si fecero queste limitazioni

* 1. Che i beni, di cui i genitori avessero la facoltà di disporre potessero donarsi col carico di renderli ai figli nati e da nascere *al primo grado soltanto* dei donatarii;

** 2. Che queste disposizioni non sarebbero valevoli, che in quanto il peso di restituire fosse a profitto di *tutti i figli* senza eccezione, nè preferenza di età, e di sesso;

* 3. Che questo dritto concesso ai figli del donatario passasse per effetto della rappresentanza ai figli, il di cui padre fosse morto prima di raccoglierlo.

* Così la legge venne a restituire ai padri il potere di ricompensare quello dei loro figli o nipoti che avesse saputo meritarlo, e di fare sperare a tutti questa ricompensa sì dolce per quegli ch'è abbastanza felice per sentirne il valore.

* Pubblicatosi tra noi questo Codice, con alcune spiegazioni, venne il decreto del 22 ottobre 1808 a dichiarare che la legge del 15 marzo 1807 sui fedecommessi venisse eseguita in tutto quello che non si opponeva al detto Codice civile. Ciò pareva che lasciasse ancora dei dubbi sulle riserve accordate, ma la costante giurisprudenza delle nostre Corti di appello, non meno che della Corte di cassazione sostenne che mediante tal decreto si fosse autorizzata la totale abolizione dei vecchi fedecommessi, eccetto quelle sostituzioni che il nostro Codice permetteva dei nipoti del disponente, o dei figli dei di lui fratelli (1). Ciò dispiacque, ma invano si gridò contro quest' arbitrio dei magistrati : il Codice civile ebbe una forza retroattiva: tanto imponeva il nome di Napoleone.

* Quest' era la nostra legislazione su tale materia, allorchè ricuperammo l' antica legittima monarchia, e con le prime disposizioni date dal re Ferdinando fu confermata l'abolizione dei fedecommessi colla legge degli 11 dicembre 1816, ed estesa a' domini oltre il faro con quella del 2 agosto 1818 pubblicata agli 8 del mese suddetto, indi fu provveduto ai patronati così par-

* (1) Se non che è buono avvertire che fin dal 1812 il parlamento Siciliano, quasi a proposta del Baroni, esempio raro nella storia abolìva la feudalità. Chi è Siciliano non sconosce nè deve sconoscere qual periodo; altri se il vuole, studi i fatti in Palmeri.

* Impertanto ecco gli articoli principali della legge notata nel testo.

* Art. 1. Le sostituzioni fedecommessarie di qualsivoglia natura fatte in Sicilia con qualunque atto prima della pubblicazione della presente legge restano abolite, ed i beni a quelle soggetti saranno goduti come beni liberi degli attuali gravati.

ticolari che feudali. Abrogando il re la legge del 18 giugno 1807, il decreto del 12 dicembre 1808, e quello del 22 luglio 1813 riguardanti l'abolizione dei patronati particolari siano ecclesiastici siano laicali sopra benefici di qualunque natura non esclusi i curati e le parrocchie, volle che fossero ristabiliti a favore dei legittimi patroni ai quali appartenesse, secondo le regole del diritto canonico l'esercizio di tutti i dritti utili ed onerosi, e di quelli chiamati onorifici : escluse da questa disposizione quei patronati i di cui fondi fossero stati uniti a parrocchie povere, ancorchè le unioni si fossero fatte con fondi di benefici del regio patronato, e si riserbò provvedere in seguito a tutto ciò che riguardar poteva il dritto di elezione, sulle cappellanie e sulle partecipazioni e porzioni meramente laicali.

* Diversamente per i padronati feudali ; mentre col decreto del 20 luglio 1818 ordinossi che i padronati rappresentati sopra le

* Art. 2. Sono eccettuati dall' abolizione espressa nell'articolo precedente quelle disposizioni contenenti sostituzioni fedecommissarie fatte dal padre o dalla madre, che abbian donato o disposto dei propril beni in favore di uno o più dei loro figli con atto tra vivi , o di ultima volontà coll' obbligo limitato di restituire detti beni ai figli nati e da nascere nel solo primo grado di essi donatarii.

* Art. 3. Sono del pari eccettuate quelle disposizioni contenenti sostituzioni fedecommessarie fatte da fratelli morti senza figli che con atto tra vivi o di ultima volontà abbiano donato o disposto dei propri beni a vantaggio di uno o più del loro fratelli o sorelle coll'obbligo limitato di restituire detti beni a' figli nati o da nascere nel solo primo grado di essi fratelli o sorelle donatarii.

* Art. 4. Le disposizioni permesse nei due precedenti articoli, non saranno valide, se non quando l'obbligo di restituzione versa in vantaggio di tutti i figli nati, e da nascere dal gravato senza eccezione, o preferenza di età, o di sesso.

* Art. 5. I secondo-geniti che per disposizione dei fondatori di primogeniture e maioraschi godono o han dritto a godere un vitalizio su dei medesimi avran dritto a conseguire sui beni che per beneficio della presente legge si rendono liberi presso i gravati, una proprietà in beni fondi corrispondente all'annua rendita loro assegnata, calcolandosi alla ragione del cinque per cento lordo di fondiaria.

* Art. 6. Ogni patto riversivo apposto alle doti costituite sui beni dei fedecommessi medesimi resta abolito; e i beni resteranno liberi presso le dotate e loro eredi.

** Art. 7. Ogni controversia che potrà sorgere fra primogeniti tanto per la pertinenza e quantità dei loro vitalizii, che per l'assegnazione delle proprietà in beni fondi a tenore della presente legge , verrà decisa per mezzo di arbitramenti necessarii, e contro le determinazioni e sentenze degli arbitri si daranno i convenienti rimedî nei tribunali ordinarii secondo le leggi vigenti.

* Art. 8. Dal giorno della promulgazione della presente legge è vietato espressamente di formare sostituzioni fedecommessarie diverse da quelle che sono conservate cogli art. 2 e 3 della medesima.

chiese ed i beneficii ecclesiastici di qualunque natura, fossero da reputarsi compresi fra i dritti dei baroni colpiti dalla legge abolitiva della feudalità, in tutti i reali dominii, e che questi patronati fossero reintegrati alle supreme regalie, salvo agli ex-feudatari di provare nei modi legali la fondazione avvenuta dopo la concessione del patronato senza che dopo la costituzione del patronato siasi il feudo stesso giammai devoluto o riconceduto in qualunque maniera onerosa o gratuita: nel qual caso il diritto di patronato appartenesse ai medesimi ex-feudatarii, escluse le onorificenze signoriali già abolite per effetto della detta legge eversiva della feudalità, e fu commesso ai regii procuratori presso ciascun tribunale d' invigilarne l'esatta osservanza.

* Si è anche migliorata dal nostro legislatore la materia della *sostituzione* nella pubblicazione fattasi del Codice per lo regno delle due Sicilie; mentre non solo vi si sono ripristinate le disposizioni dell' antico diritto romano sulla *sostituzione volgare* negli art. 936 a 940; ma la stessa sezione delle sostituzioni fedecommessarie ha ricevuta una spiega ed una importante dilucidazione; sia in rapporto alla legislazione Romana, sia a quella francese; del che a suo luogo terremo ragione: e solo mi limito ad indicare l' articolo 945 che è tutto nuovo, e frutto delle meditazioni del nostro legislatore.

* Dicesi in esso « Il padre o la madre e gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli, le sorelle possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che questi muoia senza figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni nei quali sia stato il minore lasciato erede.

* Quest'articolo totalmente nuovo può riguardarsi come una eccezione agli articoli 941 e 942, poichè stabilisce una specie di sostituzione fedecommessaria onde assicurare in famiglia un assè che l'arbitrio di un minore di anni 18 potrebbe distrarre, ma che non si deve confondere coll' antica sostituzione pupillare abolita dalla legislazione francese e nostra. Sono infatti essenziali le differenze tra l'una e l'altra. La pupillare poggiava tutta sulla patria potestà in modo che veniva alla madre vietato di farla; questa si fonda sulla parentela, per cui è lecito di farla alla madre, agli zii, zie, fratelli, e sorelle; quella non riguardava che il figlio, nel caso che morisse in età pupillare, questa si estende anche ai minori che han compito l'anno diciottesimo; quella non era limitata da alcuna condizione di beni, questa non può aver luogo che nei soli beni nei quali siasi il minore instituito erede (1).

* (1) A molte quistioni può dare luogo però la redazione di questo articolo. Il minore cui siasi sostituito una terza persona può egli, secondo l'art. 820, disporre della metà dei beni, dei quali sia stato fatto

618 b. Delle sostituzioni fedecommessarie (1). — Della loro proibizione.

Le sostituzioni propriamente dette, o fedecommessarie (2), sono, in generale, proibite (3).

erede, ma nei quali gli è nominato un sostituto? Gli autori dei commentarii alle nostre leggi sono dalla parte affermativa, e sostengono che sola l'altra metà è soggetta alla sostituzione fedecommessaria. Ma la legge nol dice; e non vi è alcuno motivo per interpetrarla diversamente. Può il minore giunto all'età di sedici anni disporre della metà dei beni liberi, non di quelli gravati di una sostituzione fedecommessaria, come è quella stabilita in quest'articolo.

* Il padre e la madre possono sostituire una terza persona al morto senza prole prima del suo diciottesimo anno compiuto? Secondo quest'articolo lo potrebbe, ma pare che venga vietato dall' articolo 1003 il quale restringe loro la facoltà di disporre o donare coll'obbligo della restituzione ad altri, che ai figli nati e da nascere nel primo grado soltanto dei detti donatarii.

** Sarà lo stesso pel fratello al quale l'art. 1004 limita pure tal facoltà coll'obbligo di restituirli ai figli nati e da nascere, nel primo grado solamente dei suoi fratelli e sorelle donatarie?

* Sarà cura dei magistrati il concordare queste disposizioni seguendo lo spirito della legge, la quale nell'art. 946 avendo fatta una eccezione al principio generale proibitivo delle sostituzioni fedecommessarie, indica doversi nel più ristretto senso applicare.

(1) Bibliografia.—Rolland de Villargues, *delle Sostituzioni proibite dal Codice civile*; terza edizione, Parigi, 1833. Un vol. in 8.

(2) Da ora innanzi adopreremo il vocabolo *sostituzione* nel significato ristretto che gli attribuiscono i nostri antichi autori ed i compilatori del Codice civile, per indicare specialmente ed esclusivamente le sostituzioni fedecommessarie.

* (3) *Cenno storico filosofico.* — Convien ricordare che oltre la sostituzione *volgare* e la *pupillare* si introdusse ancora nella romana giurisprudenza la sostituzione *fedecommessaria* per frodare la severità dell'antico *dritto Quiritario*. La legge *Voconia*, per conservare i beni nelle grandi famiglie, proibito avea che s' istituissero eredi le femmine le quali perciò non potevano ricevere qualunque somma per modica che fosse; la durezza di tal proibizione si estendeva alle successioni legittime, e le figlie anche uniche erano escluse dalla eredità dei loro genitori. Ad eludere questa legge così apertamente contraria alle prime naturali affezioni, si procurò di confidare alla cura di un amico quel che si voleva far passare in mano di una prediletta figlia o di una tenera sposa, colla preghiera di renderlo alla persona indicata. A ciò si aggiunse il desiderio di beneficare amici e parenti di lontani paesi che, non godendo il diritto di cittadinanza, non potevano essere eredi, ma potevano possedere beni in Roma o in Italia, ed allora s' istituiva erede un cittadino romano, pregandolo a rendere questa eredità alla designata persona; e gli stessi cittadini, che trovavansi spesso lontani dalla loro patria, impossibilitati a far testamento per la difficoltà di trovar sette cittadini romani, scrivevano agli eredi che avevano istituiti prima di partire, o anche ai loro eredi legittimi, pregandoli a render tutto o parte dei loro beni ad altra persona capace di riceverli.

* Ecco l'origine dei fedecommessi; ma in Roma, dove la potestà in-

1. Dei caratteri costitutivi della sostituzione.

Una disposizione a titolo gratuito non può essere considerata come una sostituzione, se non in quanto essa in sè riunisca gli elementi o i caratteri seguenti, il cui concorso è imperiosamen-

definita del padre di famiglia era un mezzo per governarla, la latitudine per le sostituzioni doveva essere egualmente indefinita; e tale fu ancora pei costumi dei Barbari dopo caduto il romano imperio. Quindi ne vennero i fedecommessi perpetui malgrado la novella di Giustiniano, i fedecommessi universali anche tacitamente indicati, e si moltiplicarono nella Spagna e nell' Italia, e specialmente nel regno delle due Sicilie, dove questa materia fedecommessaria divenne un *vello d'oro* in mano degli uomini del foro: anzi sebbene pel comun diritto feudale nulla potesse imporsi sul feudo, pure a preghiere della città di Napoli Filippo IV, concesse potersi istituire i maggiorati ed i fedecommessi anche universali nei feudi tra i gradi della successione feudale.

* Divenne dunque una specie di mania universale tra noi la formazione dei fedecommessi, e non vi era possessore di tre o quattrocento ducati di rendita che non pensasse ad un fedecommesso, ad una primogenitura, credendo di nobilitare così la sua famiglia con una ingiustizia autorizzata dalla legge e dal costume dei grandi. Maggiormente questa venne protetta nelle monarchie, dietro l' opinione del Montesquieu, il quale stabilendo l' *onore* come il principio costitutivo della monarchia, opinava dover le leggi cooperarsi a sostenere quella nobiltà il di cui onore si era giusta la sua espressione, *il figlio ed il padre*; e renderla ereditaria non già perchè fosse il termine tra il potere del principe e la debolezza del popolo, ma il vincolo di amendue. « Le sostituzioni, scriveva egli nel » suo spirito delle leggi, conservando i beni nelle famiglie, in que» sto governo saranno sommamen» te proficue, tutto che non con» vengano negli altri. Il *gius* di ri» trarre per causa di parentela ren» derà alle famiglie nobili i terreni » che saranno stati da un prodigo » parente alienati; le terre nobili » avranno privilegi come le perso» ne........ ma queste particolari » alla nobiltà, da non passare al po» polo, se non si vuole sconvolgere » il principio del governo, se non » vuolsi scemare la forza della no» biltà e quella del popolo..... po» tersi quindi permettere nelle mo» narchie che altri lasci la maggior » parte dei suoi averi ad un solo dei » suoi figli: ma tal permissione non » esser buona che in questo solo » caso ». Bisogna perdonare ad uno scrittore sì grande, il disprezzo che avea pel terzo ceto, e quella specie di culto pei nobili e per la feudalità ch' egli amava tanto. Si è detto di lui, ben giustamente, che gli sembrava in buona fede utile al pubblico ciò che nel suo privato patrimonio così riputava.

* Ma la caduta della feudalità nella Francia accompagnata da quel principio distruggitore di tutte le antiche costituzioni, e promotore d'una impossibile eguaglianza, portò necessariamente l'abolizione di ogni specie di sostituzione fedecommessaria. L'abuso di esso avea profondamente scossa l' assemblea costituente, ma non ebbe che il tempo d' indicarlo ai legislatori che doveano succederle; ed accadde ciò che accader suole nei primi momenti, nei quali la riforma esercita il suo potere. La Convenzione nazionale oltrepassò coi decreti del 25 ottobre e 14 novembre 1792 il termine do-

le richiesto dal secondo comma dell'art. 941 (1):

1) Bisogna che la disposizione racchiuda due donazioni o legati

v'è tirata la linea nella quale riposano gl'interessi di tutti. Le sostituzioni percorrevano tre gradi in Francia, il che era troppo: esse erano in favor dei primogeniti, ed in seguito di maschio in maschio, ed i beni non pervenivano alle figlie, che in mancanza di maschi: la preferenza era odiosa ed ingiusta. Questo eccesso fu corretto dall'eccesso contrario, abolendosi interamente le sostituzioni.

* Tra noi l'abuso delle medesime era maggiore: bisogna però confessare che nel nostro regno, prima che i Francesi rivenissero da quelle esagerate opinioni, i nostri scrittori fecero conoscere il danno delle illimitate sostituzioni fedecommessarie: « Togliete le primogeniture, gridava il Filangieri nella sua *scienza della Legislazione*, togliete i fedecommessi: sono le primogeniture che sacrificano molti cadetti al primogenito di una famiglia, sono le sostituzioni che sacrificano molte famiglie ad una sola: l'una e l'altra diminuiscono all' infinito il numero dei proprietarii nelle nazioni europee, e l'una e l'altra sono oggi la rovina della popolazione. Quanti disordini nascono da un istesso principio! Quanti mali derivano da una sola legge ingiusta e parziale! un padre che non può avere che un solo figlio che sia ricco, vorrebbe non averne che un solo. Egli vede negli altri tanti pesi per la sua famiglia. L'infelicità di una casa si calcola dalla moltiplicità dei figli. Il voto della natura si crede soddisfatto subito che si ottiene un erede. I sacri vincoli del sangue sono rotti dall' interesse. I fratelli privati da un altro fratello del comodo che godevano nella casa paterna, non veggono in lui che un' usurpatore che li opprime, e li spoglia di un bene al quale essi aveano un diritto comune. Costretti a mutilarsi, essi maledicono il momento che li ha veduti nascere, e la legge che li degrada. Tanti cadetti privi di proprietà e per conseguenza del diritto di ammogliarsi, obbligano altrettante fanciulle a rimaner celibi. Prive di uno sposo, malvedute dai padri queste infelici sono costrette spesse volte loro malgrado a chiudersi in un chiostro, dove col loro corpo seppelliscono per sempre la loro posterità ».

* Nè questo libero parlare dispiaceva al governo, che anzi il re Ferdinando IV diè prova delle sue intenzioni col dispaccio del 1803 col quale furono aboliti i fedecommessi sui predii urbani della città di Napoli.

(1) Appunto perchè la proibizione di sostituire è una restrizione della facoltà di disporre, deesi considerare il secondo comma dell'articolo 941 e 942 come concepito con uno spirito limitativo o di esclusione. Uopo è dunque attenersi strettamente a' termini della definizione che questo comma dà della sostituzione, e si correrebbe rischio di commettere gravi errori, se, per decidere che una data disposizione contenga o no una sostituzione, si volessero invocare i principii del dritto romano intorno ai fedecommessi. Siccome, secondo il sistema di questo dritto, i fedecommessi erano non solamente permessi, ma trattati ancora con favore, giugnevasi naturalmente ad ammettere l'esistenza di fedecommessi per semplice congettura o interpretazione della volontà del disponente, nelle circostanze in cui ciò era necessario onde dare effetto a disposizioni, le quali, diversamente, non avrebbero avuto alcun risultamento. Seguivasi in ciò la re-

degli stessi beni a favore di due persone chiamate a raccoglierli, l'una dopo l'altra; di maniera che la proprietà di questi beni debba, giusta l'intenzione del disponente, risedere successivamente sulla testa dell'una e dell'altra di queste persone, ed il diritto di quella che sia stata gratificata in secondo ordine venendo ad aprirsi, sia ella reputata di non ricevere dal disponente o dai suoi eredi lo intermedio salvochè indirettamente e per mezzo della persona gratificata in primo ordine (1). Così, non vi ha sostituzione nei casi seguenti:

Allorchè più persone sieno state chiamate congiuntamente, o l'una in mancanza dell'altra (2).

Allorchè un erede *ab intestato* sia stato gravato dal testatore di restituire ad un terzo, immediatamente dopo l'apertura della successione, o anche alla sua morte, tutti o parte dei beni componenti la sua porzione ereditaria (3);

gola, che il testatore il quale scrive le sue ultime volontà, reputandosi che niente vi scriva d'inutile, le sue espressioni debbono ricevere l'interpetrazione che sia più atta a far loro produrre gli effetti autorizzati dalla legge. Ma siccome, nel diritto francese attuale, le sostituzioni sono, in generale, proibite; così, semprechè trattisi di sapere se una data disposizione contenga o no una sostituzione, deesi seguire quest'altra regola, cioè, che, nel dubbio, non deesi reputare che il testatore abbia voluto far ciò cui la legge gli proibiva, e meno ancora ciò che avrebbe prodotto l'annientamento della sua disposizione principale. La nullità della sostituzione non reca pregiudizio alla validità della istituzione principale. — Così stabilisce il nostro art. 943. Confr. Merlin, *Rep.* v. Sostituzione fedecommessaria, sez. VIII, n. 7.

(1) Questo è ciò che viene chiaramente indicato dal secondo comma dell'art. 941, il quale, nel diffinire la sostituzione: « Qualunque disposizione colla quale il *donatario, l'erede istituito o il legatario* è gravato di conservare e restituire »; suppone evidentemente che la persona gravata di restituzione sia stata essa medesima gratificata in primo luogo come donataria o come legataria.

(2) In simigliante caso, sarebbevi o una semplice congiuntiva o una sostituzione volgare. Confr. nondimeno quanto al legato di un immobile fatto a due persone *per goderne insieme ed ereditarlo l'una dall'altra*: Orléans, 18 febbraro 1829, Sir., XXIX, 2, 244.

(3) Lasciar pervenire la propria eredità ai suoi eredi *ab intestato* non è già un disporne in loro favore: l'erede *ab intestato* che venga alla successione, la raccoglie in virtù della legge, e non per effetto di una disposizione del defunto. Se per dritto romano, il defunto che non avesse fatta veruna istituzione regolare di erede, reputavasi, in determinati casi, di aver tacitamente istituiti i suoi eredi eredi *ab intestato*, questa non era che una finzione immaginata, per fare ammettere i fedecommessi a carico di tali eredi, o per dare effetto ad una clausula codicillare. Ed è cosa evidente, che sarebbe un disconoscere la natura e l'oggetto di questa finzione, volendola nel diritto francese applicare, con lo scopo di far cadere una disposizione testamentaria, come contenente una sostituzione. Di fatti, il secondo comma

Allorchè una donazione o un legato fatto a vantaggio di più persone, chiamate a goderne l'una dopo l'altra, abbia per oggetto non già la proprietà, ma soltanto l'usufrutto di tutti i beni del disponente o di parte di essi (1);

Allorchè l'usufrutto di determinati beni sia stato donato a *Primo*, e la nuda proprietà ai suoi figli nati o da nascere, e, in caso di morte di *Primo* senza figli, a *Secondo* (2).

dell'art. 941 parla unicamente dell'erede istituito e non già dell'erede *ab intestato*, come di colui che possa esser gravato di sostituzione. Duranton, VIII, 67. Rolland de Villargues, n. 145. Nondimeno questo ultimo autore (n. 93 e 146, e Grenier, *Osservazioni preliminari*, n. 9, 3, secondo esempio), opinano che se gli eredi *ab intestato* non dovessero restituire che alla loro morte, e nel caso in cui il terzo sopravvivesse loro, si dovrebbe decidere di essere eglino gravati di sostituzione. Applicano specialmente questa loro sentenza all'ipotesi in cui un coniuge avesse legato al suo consorte una parte dei suoi beni, in caso di premorienza dei loro figli. Ma, in questa ipotesi medesima, la disposizione non costituirebbe, a parere nostro, che un semplice legato condizionale. Vedi in questo senso: Toullier, V, 47. Confr. Civ. cass., 7 marzo 1822. Sir., XXII, 1, 180.

(1) Tostochè l'usufrutto del primo legatario si estinguerà per la sua morte, i legatarii ulteriori riceveranno il loro usufrutto, non già dagli eredi del primo legatario, ma direttamente dagli eredi del testatore. D'altronde, l'usufrutto di ciascun legatario forma un oggetto incorporale distinto dall'usufrutto degli altri. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 425. La proposizione enunciata nel testo sarebbe adattabile, quando ancora il disponente avesse detto: « Io dono o lego a Paolo l'usufrutto della tale cosa, per conservare e restituirne il capitale e la proprietà a Pietro, che io restituisco ». Rolland de Villargues, n. 288, Dalloz, *Giur. gen.*, v. Sostituzione, XII, n. 8 e 9. Conf. Civ. cass., 22 lug. 1835, Sir., XXXV, 1, 641.

(2) In somigliante caso, *Secondo* riceverà i beni direttamente dal disponente, e non già per lo intermezzo di *Primo*, sulla testa del quale la proprietà non ne sarà giammai risieduta. Rouen, 11 agosto 1823, Sir., XXV, 2, 310. Confr. Caen, 21 giugno 1825, Sir., XXV, 2, 42; Caen, 11 agosto 1826, Sir., XXVI, 2, 310. Nondimeno, la corte reale di Parigi (1 dicembre 1807, Sir., VII, 2, 1211) ha giudicato il contrario, pel motivo, che, riguardandosi il legato a pro di *Primo* come un semplice legato di usufrutto, sarebbe impossibile di far risedere la nuda proprietà sulla testa di chicchessia; ma questo motivo è evidentemente erroneo. Di fatti, se *Primo* abbia figli nel momento della morte del disponente, costoro saranno legatarii della nuda proprietà, sotto la condizione risolutiva della loro morte prima del loro padre, e dal canto suo *Secondo* ne sarà legatario sotto la condizione sospensiva di questo medesimo avvenimento. Se per contrario *Primo* non abbia figli nel momento della morte del disponente, il legato della nuda proprietà fatto ai suoi figli nascituri sarà caduco, e per conseguenza *Secondo* sarà legatario puro e semplice della nuda proprietà. Duranton, VIII, 52. Rolland de Villargues, n. 282. Dalloz, *op. e v. cit.*, XII, 195, n. 15. Conf. Parigi, 28 giugno 1811, Sir., XI, 2, 326.

Finalmente, allorchè una persona istituita legataria, quanto alla forma soltanto, sia stata gravata di tenere in deposito la successione ovvero i beni legati, e di amministrarli fino al momento in cui ella dovrà farne il rilascio al vero legatario. Il peso di restituzione così imposto ad un legatario apparente vien chiamato *fiducia* (1). La quistione di sapersi se un tale legato contenga o no una prima disposizione a favore del gravato di restituzione, e se per conseguente costituisca un vero fedecommesso, o se racchiuda solamente una semplice fiducia, è abbandonata alla prudenza del giudice, il quale, per deciderla, deve ricercare, giusta i termini del testamento e le circostanze del fatto, se la intenzione del testatore sia stata quella di istituire il gravato piuttosto nell' interesse dei chiamati che in quello di costui (2). Allorchè il gravato di restituzione sia stato autorizzato a ritenere, sia una o più cose specialmente designate, sia una parte dei frutti, questa circostanza è piuttosto indicativa che esclusiva di una semplice fiducia. Per contrario, quando il gravato sia stato autorizzato a ritenere la totalità dei frutti, deesi, in generale, riconoscere l'esistenza di un vero fedecommesso, e conseguentemente quella di una sostituzione, se l'epoca della restituzione fosse stata differita sino alla morte del gravato. Si è generalmente di accordo nei riguardare come indicativa di una semplice fiducia la riunione delle circostanze seguenti, cioè: che il chiamato sia il figlio del testatore e che egli si trovi in tenera età; che il gravato godeva, come prossimo parente del testatore, la confidenza di lui, e che la restituzione debba aver luogo, al più tardi, nel tempo della maggiore età del chiamato. Del resto, il concorso di queste circostanze non è indispensabile perchè possa attribuirsi il carattere di semplice fiducia ad una disposizione di ultima volontà (3).

La disposizione a favore del gratificato in secondo ordine dev'essere concepita in termini dispositivi; una semplice enunciazione non basterebbe per istabilire una sostituzione. Se, per esempio, un testatore imponesse qualche peso ad una persona che egli dicesse d'aver sostituita ad un primo legatario, ma che in realtà ei non avesse sostituita nè col medesimo atto nè con un testamento precedente, quest'enun-

(1) Thevenot, n. 541. Merlin, *Rep.*, v. Fiduciario erede, n. 3. Confr. Tolosa, 18 maggio 1824, Dalloz, XXV, 2, 23.

(2) Merlin, *op. e v. cit.*, n. 3; Rolland de Villargues, n. 153.

(3) Confr. sui caratteri dai quali una semplice fiducia si distingue da una sostituzione; Merlin, *op. e luogo cit.*, Rolland de Villargues, n. 154; Civ. rig., 18 frimale anno V, Sir., 1, 1, 99; Ric. rig., 8 agosto 1808, Sir., VIII, 1, 503; Nimes, 17 agosto 1808, Sir., X, 2, 554; Tolosa, 18 maggio 1824, Dalloz, XXV, 2, 23; Nimes, 16 dicembre 1833, Sir., XXXV, 2, 333.

ciazione non produrrebbe una sostituzione (1).

Le persone poste soltanto nella condizione, senza essere gravate di restituire ad altrui, non debbono essere riguardate come poste nella disposizione : in altri termini, la condizione non equivale a chiamata. Da ciò risulta, che non vi sarebbe sostituzione, nè nel caso in cui il disponente avesse detto : Se il tale , che è mio erede legittimo, muoia, istituisco, ovvero , sostituisco Sempronio (2) ; nè nel caso in cui egli si fosse espresso così: Istituisco Primo . e se egli muoia senza figli, sostituisco Secondo (3).

Nel resto , non è necessario , per l'esistenza di una doppia disposizione, che il disponente abbia individualmente designate le persone gratificate in secondo ordine, e neppure che egli le abbia espressamente chiamate a raccogliere il benefizio della donazione o del legato. È bastevole che non si possano elevare dubbi sulla loro individualità, e che siavi realmente disposizione in loro vantaggio. Così, per esempio, se il disponente avesse stipulato un dritto di riversione a favore, sia di un terzo nominatamente designato , sia anche dei suoi eredi (4), dovrebbe ammettersi che siavi disposizione in secondo ordine, fatta a pro di coloro a vantaggio dei quali la riversione sia stata riservata (5).

2) È d'uopo, in secondo luogo perchè una disposizione possa

(1) Thevenot, n. 180, Merlin, *Rep.* v. Sostituzione fedecommessaria , sez. XIII , n. 2. Rolland de Villargues, n. 169 e 170.

(2) In somigliante caso , l' erede legittimo venendo alla successione, la raccoglierebbe, non già in virtù del testamento , ma bensì in virtù della legge. Non vi sarebbe dunque alcuna prima disposizione a vantaggio di un gravato di restituzione. Rolland de Villargues, n. 139 e 140.

(3) In questa ipotesi , i figli di *Primo* non sarebbero sostituiti , e la disposizione si risolverebbe per conseguenza o in una sostituzione volgare o in un semplice fedecommesso condizionale. Ordinanza del 1747, tit. I , art. 19. Merlin, *op.* e *v. cit.*, sez. IX , Rolland de Villargues, n. 141. Duranton, VIII, 70.

(4) Si tenga presente l'artic. 857 delle LL. CC., che è nuovo, conceputo così « Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate per se e suoi eredi, nel caso che il donatario morisse senza prole in qualunque tempo ».

(5) Che la clausola di riversione stipulata a vantaggio di un terzo nominatamente designato costituisca una disposizione a titolo gratuito in suo favore, ciò è bene evidente. E lo stesso è della clausola di riversione stipulata in vantaggio degli eredi del disponente. Se questa clausola ricevesse il suo effetto, gli eredi raccoglierebbero i beni formanti l' oggetto della disposizione principale, non già in qualità di eredi legittimi del disponente , nè in virtù di un diritto che la legge lor conferisce sopra i suoi beni; ma in virtù di un atto di disposizione fatto in loro vantaggio. Appunto per questa ragione , combinata colla proibizione delle sostituzioni, l'art. 876 non permette di stipulare il diritto di riversione che a vantaggio del solo donante. Merlin , *op.* e *v. cit.*, sez. VIII, n. 10.

essere riguardata come contenente una sostituzione, che il disponente abbia imposta al donatario o al legatario gratificato in primo ordine, l'obbligazione giuridica (1) di conservare i beni donati o legati, o di restituirli al terzo gratificato in secondo ordine.

Il semplice consiglio ovvero la raccomandazione di conservare i beni donati o legati per trasmetterli ad un terzo, non equivale al peso di conservare e di restituire, nel senso dell'art. 941, e non importa per conseguenza una sostituzione (2). È lo stesso, in generale, della semplice preghiera diretta dal disponente al donatario o al legatario (3). Ma

(1) Tale di fatti è il significato giuridico e proprio della voce *peso*, che trovasi nel secondo comma dell'art. 941: e bisogna attenersi strettamente a questo significato. Le nostre leggi civili usano il vocabolo *gravato*, che forse indica con più precisione l'idea stabilita nel testo.

(2) La disposizione colla quale un testatore preghi il suo legatario universale di istituire determinate persone per suoi eredi, non racchiude una sostituzione proibita. Liegi, 30 maggio 1836, *Giur. di B.*, 1837, p. 549. Parigi, cass., 5 giugno 1809, Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. VIII, n. 6. Grenier, *Osserv. prelim.*, n. 10.

(3) Secondo i principii del diritto romano e del nostro diritto antico, una raccomandazione, una preghiera o l'espressione di un semplice desiderio, ed altresì le parole; *io credo, io so che voi restituirete i beni*, erano sufficienti per istabilire un fedecommesso. Ma, questi principii non sono oggidì più adattabili. Allorchè, in vece di servirsi di parole imperative per imporre al donatario o al legatario l'obbligazione di conservare e di restituire, il disponente non altro abbia fatto che esprimere un desiderio o una preghiera, deesi, in generale, ammettere che egli non abbia voluto fare una sostituzione proibita dalla legge, e che egli abbia inteso di lasciare il donatario o il legatario, se non moralmente, almeno giuridicamente libero di conformarsi a questa preghiera, o a questo desiderio. Merlin, *op. e v. cit.*, sez. VIII, n. 7. Toullier, V, 27 Rolland de Villargues, n. 173. Ric. rig., 5 gennaio 1809, Sir., IX, 1, 329. Ric. rig., 20 gennaro 1840, Sir., XL, 1, 369: Confr. Amiens, 29 aprile 1826. Nondimeno Duranton (VIII, 71) insegna che la preghiera di conservare e di restituire importi sostituzione. Ei fonda la sua opinione: 1. sul riflesso che non è necessario che il peso di restituire sia formalmente espresso nell'atto, e che basti che esso risulti, come conseguenza necessaria, dalle parole della disposizione; 2. sul riflesso, che mantenendo ferma una disposizione fatta con preghiera di restituire ad un terzo, si presterebbe mano o ad una frode alla legge, o ad una frode alla volontà del disponente; perciocchè l'uomo probo restituirà, e l'uomo privo di delicatezza nol farà punto. Noi risponderemo al primo di tali argomenti, che se è bastevole, onde vi sia sostituzione, che il peso di conservare e di restituire risulti dalle espressioni d'altronde imperative o obbligatorie della disposizione, non ne siegue punto che la semplice preghiera importi questo peso; che la quistione di sapersi se il disponente abbia inteso d'imporre al donatario o al legatario l'obbligazione giuridica di conservare o di restituire, è una quistione d'intenzione, ed appunto perchè l'inten-

non è necessario, perchè siavi sostituzione, che il disponente siasi servito delle stesse parole che trovansi nell'artic. 941 (1). È bastevole che il peso di conservare e di restituire risulti necessariamente dal tenore della disposizione, ovvero (il che vale lo stesso), che la disposizione non possa ricevere la sua esecuzione se non mediante la conservazione e la restituzione dei beni donati o legati. Per tal guisa, il peso di conservare e di restituire si troverebbe veramente racchiuso nelle disposizioni seguenti. « Istituisco Pietro, e dopo che egli avrà raccolto, gli sostituisco, ovvero, istituisco i suoi figli. Istituisco Pietro, e voglio che dopo di lui, o dopo che egli avrà raccolto, i miei beni appartengano, rivengano, o sieno riversibili a Paolo (2). Esso risulterebbe u-

zione del disponente è dubbia, allorchè in luogo di ordinare o di comandare, siasi contentato di esprimere un desiderio o una preghiera, siffatta quistione dev'essere risoluta in favore della conservazione della disposizione. Quanto al secondo argomento di Duranton, esso va confutato mediante questa considerazione semplicissima, cioè, che il legislatore, proibendo le sostituzioni, non ha potuto avere l'idea di impedire che di fatto un donatario o legatario conservasse i beni a lui donati, per trasmetterli alla sua volta ad una altra data persona; ma ha solamente voluto impedire, che il donatario fosse sottoposto all'obbligazione giuridica di agire in tal guisa, che per conseguenza la proprietà dei beni donati restasse per troppo lungo tempo fluttuante, e che l'ordine delle successioni fosse più o meno sconvolto. Aggiugniamo, che se i ragionamenti di Duranton fossero concludenti, converrebbe giugnere fino a dire che fossevi sostituzione, in tutti i casi in cui, nel dritto romano, si ammetteva l'esistenza di un fedecommesso; e noi dubitiamo fortemente che questo autore volesse ammettere un tale sistema. Del resto, noi conveniamo che se un tribunale accogliesse, come contenente sostituzione, una disposizione fatta con preghiera di conservare e di restituire, la sua decisione, poggiando sopra una semplice interpetrazione di atto, sarebbe al coverto dalla censura della Corte di cassazione. Confr. Merlin, *op. e v. cit.* Noi opiniamo altresì, che nei casi in cui le sostituzioni sono per eccezione autorizzate, dovrebbesi considerare la semplice preghiera di conservare e di restituire come esprimente, in un modo non equivoco, l'intenzione di sostituire. Allora, non tratterebbesi più di pervenire all'annullamento di una disposizione mediante un'interpetrazione disfavorevole della volontà del suo autore, ma bensì di far produrre alla volontà del disponente, largamente interpetrata, gli effetti che sono autorizzati dalla legge.

(1) Le parole: « gravato di conservare e restituire » non sono sacramentali; e sol perchè il secondo comma dell'art. 941 non esige, onde siavi sostituzione, che il donatario sia stato letteralmente gravato di conservare e restituire, è bastevole che questo peso risulti, come conseguenza necessaria, dalle parole della disposizione.

(2) Di fatti, somiglianti disposizioni non si possono eseguire senza la necessità di conservare e di restituire; e siccome esse attribuiscono al terzo chiamato in secondo ordine un dritto eventuale ai beni donati o legati, così esse impongono necessariamente al donatario o al

gualmente dalla clausola di riversione stipulata a vantaggio di un terzo o anche a vantaggio degli eredi del disponente, nel caso di morte del donatario o del legatario senza posterità (1) egualmente che dalla proibizione imposta al legatario o al donatario di disporre delle cose donate o legate in pregiudizio, sia dei suoi figli o eredi, sia di quelli del disponente (2). Ma il divieto di testare (3), ed anche quello di alienare fuori della famiglia (4),

legatario gratificato in primo ordine l'obbligazione correlativa di conservare e di restituire questi beni. Ric. rig., 23 novembre 1840, Dall., XLI, 1, 42. Tolosa, 18 gennaro 1841, Dalloz, XLI, 2, 145. Civ. rig., 21 giugno 1841, Dalloz, XLI, 1, 270.

(1) Rolland de Villargues, il quale nelle prime edizioni del suo *Trattato delle sostituzioni proibite*, aveva insegnato che una donazione, con clausola di riversione stipulata a pro degli eredi del disponente, pel caso della morte del donante senza posterità, non presentasse che una sola disposizione eventualmente risolvibile, si è appigliato, nella sua ultima edizione, alla opinione emessa nel testo.

(2) Allorchè la proibizione di alienare sia stabilita nell' interesse di determinate persone, alle quali i beni che ne formano l'oggetto debbano eventualmente pervenire, essa equivale evidentemente al peso di conservare. Ma può dimandarsi, se la proibizione di alienare in pregiudizio di determinate persone importi per se stessa, chiamata di queste persone a raccorre eventualmente i beni di cui l'alienazione sia vietata. L'affermativa non ci sembra dubbia, nel caso in cui la proibizione di alienare sia stata imposta al donatario o al legatario nell' interesse dei suoi eredi; percioccbè, per effetto di questa proibizione, costoro raccoglieranno necessariamente i beni donati o legati nella successione del loro autore. Ma la quistione ci sembra più difficile nel caso in cui siffatta proibizione sia stata stabilita nell' interesse degli eredi del disponente. Nondimeno, gli autori non fanno distinzione tra questa ipotesi e la precedente, e può dirsi, in favore di questo modo di vedere, che la proibizione di alienare importi, in simigliante caso, disposizione implicita in pro degli eredi del disponente: perciocchè, altrimenti, essa sarebbe senza oggetto. Merlin, *Quest.* v. Sostituzione fedecommessaria, § 10. Grenier, *Osservazioni preliminari*, n. 7. Toullier, V, 51, Rolland de Villargues, n. 301. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Sostituzione, t. XII, n. 12.

(3) Questa proibizione non equivale ad un divieto assoluto di alienare, perciocchè non havvi peso di conservare allorchè il donatario o legatario possa alienare per atti tra vivi. Toullier, V, 51. Duranton, VIII, 73. Rolland de Villargues, n. 303.

(4) Di fatti, questa clausola non importa proibizione assoluta di alienare, e non implica per conseguenza peso di conservare. Pretendere che apponendo questa clausola alla donazione o al legato, il disponente abbia voluto stabilire una sostituzione, è evidentemente un uscire dalle espressioni colle quali essa è concepita, e darsi in preda a congetture sulla intenzione del disponente. Rolland de Villargues, n. 302. Nondimeno, Grenier e Dalloz *luoghi cit.*, insegnano che la disposizione fatta con divieto di alienare fuori della famiglia implichi sostituzione. Ma questi autori ci sembra che siensi fatti troppo preoccupare dagli antichi principii, secondo i quali considerava si una somigliante disposizione come costituente un fedecommesso.

non importano necessariamente un peso di conservare e di restituire, e non implicano per conseguenza una sostituzione. Lo stesso è dell'obbligo ingiunto al donatario o al legatario d'istituire un tale per suo erede (1). Allorchè, in una disposizione di ultima volontà, il testatore siasi contentato di dire: *Io lego ad un tale e gli sostituisco un tale*, queste ultime parole non importano, in generale, il peso di conservare e di restituire (2).

Dacchè l'obbligo di conservare e di restituire è un elemento indispensabile per l'esistenza di una sostituzione, è d'uopo conchiudere che il fedecommesso chiamato *de residuo*, ovvero, *de eo quod supererit*, vale a dire, la disposizione colla quale il donatario o il legatario sia gravato di restituire nel tempo della sua morte ciò che gli resterà dei beni donati o legati, non costituisce una sostituzione (3). Poco importa relativamente a ciò, che il di-

(La proibizione delle sostituzioni, giusta l'artic. 941 e 942 del Codice civile, non si estende alla clausola colla quale un testatore dichiari che i beni, di cui il legatario istituito non avrà disposto durante la sua vita, saranno divisi per metà tra gli eredi suoi e gli eredi dell'istituito. —La condizione che risulta da questo testamento, pel legatario istituito, di non disporre con atto di ultima volontà dei beni provegnenti dal testatore, non può essere reputata iscritta, secondo l'artic. 816 del Codice civile. (Liegi, 7 novembre 1843, *Giur. di B.*, 1844, 459).

(1) Se, per diritto romano, un tal peso costituiva un fedecommesso, non era questo che un fedecommesso congetturale. Per sè stessa, giusta le parole con le quali la clausola è concepita, essa non importa pel donatario o legatario obbligazione di conservare i beni donati o legati. Rolland de Villargues, n. 334. Dalloz, *op. e v. cit.*, XII, 172, num. 16. Confr. Colmar, 6 febbraro 1824, Sir., XXV, 2, 107; Ric. rig., 8 luglio 1834, Dalloz, XXXIV, 1, 372.

(2) Questa clausola, la quale, per diritto romano, non conveniva che alla sostituzione volgare, era considerata nell'antico giurisprudenza francese come inducente una sostituzione *compendiosa*, vale a dire, una disposizione che valeva, secondo le circostanze, sia come sostituzione volgare, sia come sostituzione fedecommessaria. Thevenot, cap. XI, § 3. Ricard, cap. VI, n. 261. Ma oggidì che le sostituzioni fedecommessarie sono, in generale, proibite, non deesi intendere la clausola di cui si tratta che nel senso di una sostituzione volgare, eccetto se si versi in una ipotesi in cui il disponente era autorizzato a fare una sostituzione fedecommessaria: nel qual caso, tale clausola si potrebbe considerare come stabilente una somigliante sostituzione. Rolland de Villargues, n. 211.

(3) Giusta le LL. 70, § 3, D. *de Leg.* 2 (31), 54 e 58, § 8, D. *ad S. C. Trebell.* 36, 1, gli effetti di un simigliante fedecommesso dovevano essere regolati *arbitrio boni viri*; in guisa che il gravato non poteva disporre dei beni che a titolo oneroso, pei suoi bisogni reali, e di buona fede. Con la Novella 108, Giustiniano diè maggior forza ancora ai fedecommessi *de residuo*, imponendo al gravato l'obbligazione di riservare almeno il quarto dei beni o vantaggio del sostituito. Tali fedecommessi importavano così un ve-

sponente abbia lasciato al donatario o al legatario la facoltà indefinita di alienare, ovvero che gli abbia ristretta questa facoltà, a modo di esempio, vietando ogni disposizione per testamento, o anche per donazione tra vivi (1). Del rimanente, il fedecommesso di che trattasi è obbligatorio, in questo senso, cioè, che gli eredi del gravato sono obbligati di restituire ai chiamati i beni di cui questi non avrà disposto (2).

ro peso di conservare, almeno per una certa quantità dei beni legali; e questo è ciò che spiega come più certi abbiano potuto giudicare che somiglianti fedecommessi, fatti sotto l'impero dell'antico diritto, fossero compresi nell'abolizione delle sostituzioni pronunziata dalla legge del 14 novembre 1792. Vedi Brusselles, 24 febbraio 1807. Sir., VII, 2, 692; Riom, 6 aprile 1821, Sir., XXII, 2, 339; Bordeaux, 1830, Sir., XXX, 2, 318; Confr. Ric. rig., 14 marzo 1832, Sir., XXXII, 1, 604. Ma siccome le disposizioni del diritto romano non hanno più forza di legge, e 'l Codice civile non ha posto alcun limite alla facoltà di alienare, di cui gode il donatario o legatario gravato di restituire *solamente quello che resterà*, uopo è dire che il fedecommesso *de residuo* non costituisce più una sostituzione. Esso importa per certo anche oggidì il peso eventuale di restituire, ma non importa già il peso di conservare; e l'art. 941 esige il concorso dell'uno e dell'altro perchè siavi sostituzione. Merlin, *Quist. c.* Sostituzione fedecommessaria, § 13, n. 4. Toullier, V, 38. Duranton, VIII, 74 e 76. Grenier. *Osservazioni preliminari*, n. 7 e 7 *bis*, Rolland de Villargues, n. 265, quest' autore aveva adottata l'opinione contraria in una dissertazione inserita nella Raccolta di Sirey, IX, 2 58. Brusselles, 14 novembre 1809, Sir., X, 2, 328. Colmar, 7 luglio 1819, *Giurisprudenza di questa corte*, XV, 161. Colmar, 6 febbraio 1824 Sir., XXV, 2, 107, Ric. rig., 5 luglio 1832, Sir., XXXII, 2, 430, Ric. rig., 17 febbraio 1836, Sir., XXVI, 2, 82. Ric. rig., 27 febbraio 1843. Sir., XLIII, 1, 440. Confr. Metz. 16 febbraio 1815, Sir., XIX, 2, 58; Ric. rig., 25 maggio 1836, Dalloz, XXXVI, 1, 374. Vedi nondimeno in senso contrario: *Dissertazione*. Sir., XXX, 2, 318. Confr. Nimes, 12 agosto 1808, Dalloz, *Giur. gen.*, *v.* Sostituzione, XII, 162.

Non vi ha sostituzione nel senso dell' art. 941 del Codice civile, se un testatore, legando ad una persona l' universalità de' suoi beni, ma solamente dopo la morte di un terzo, lasci in pari tempo a quest' ultimo la facoltà di disporre secondo il suo arbitrio e 'l suo piacimento di tutti i beni rimasti. (Liegi, 31 maggio 1824, *Pasicrisia belgica*, sotto questa data).

(1) Malgrado la limitazione apportata alla facoltà di alienare, sotto il rapporto de' modi di alienazione, il gravato non ha meno, in somigliante caso, il potere di alienare la totalità dei beni a lui donati o legati. Grenier, *luogo cit.* Duranton, VIII, 75. Rolland de Villargues, n. 266. Confr. Ric. rig., 14 marzo 1832, Sir., XXXII, 1, 604.

(2) La legge non proibisce che il peso di conservare e di restituire. Dunque, il peso di restituire, senza quello di conservare, è lecito, e deve ricevere il suo effetto, quando sia stato apposto ad una donazione o ad un legato. Indarno direbbesi che il peso di restituire ciò che resterà sia puramente potestativo, e debba per conseguenza essere reputato non iscritto. Di fatti, non dipende dalla sola volontà del donatario o del le-

Deesi collocare nella stessa linea del fedecommesso *de residuo* la disposizione con cui il disponente, non ostante che gravi il donatario o il legatario di restituire i suoi beni ad un terzo, lo autorizzi a venderli o ad obbligarli, *in caso di bisogno* (1).

Dal principio che non vi ha sostituzione senza l'obbligo di conservare e di restituire, segue ancora che il peso ingiunto, sia al donatario o legatario di un immobile o di altre cose individualmente riguardate, sia anche ad un legatario universale o a titolo universale, di donare la tal somma ad un terzo, nel caso in cui questi gli sopravviverà, non costituisce sostituzione. Così avver-

gatario lo accettare o il rifiutare l'obbligazione di restituire: el non può liberarsene che disponendo della totalità de' beni legati o donati, e la sua incapacità personale o altre circostanze possono metterlo nell' impossibilità di usare del suo potere di alienare. Questa obbligazione non è dunque puramente potestativa, come lo sarebbe il peso di restituire imposto al donatario o legatario ne' termini seguenti: « Voi restituirete i beni, se lo vorrete ». Merlin, *Quest.*, *v.* Sostituzione fedecommessaria, § 13, n. 2. Toullier, V, 38. Grenier, *luogo cit.* Duranton, XIII, 75. Brusselles, 14 novembre 1809, Sir., X, 2, 328, Corte suprema di Brusselles, e della Haye, 8 marzo 1821, e 23 luglio 1825, Merlin, *op. e luogo cit.* Ric. rig., 14 marzo 1832, Sir., XXXII, 1, 604. Vedi nondimeno in senso contrario: Rolland de Villargues, n. 268. Dalloz, *Giur. gen. v.* Sostituzioni, Parigi 29 gennaio 1808, Merlin, *op. e luogo cit.* Il peso di restituire ciò che resterà, imposto al donatario o legatario, senz' altra spiegazione, lascia forse a costui la facoltà di disporre anche a titolo gratuito, ovvero gli permette solamente di alienare a titolo oneroso. Per diritto romano, l'erede gravato di un fedecommesso *de residuo* non poteva disporre a titolo gratuito per atto tra vivi, nè, a maggior ragione, per testamento. Ma non ci sembra cosa dubbia, che secondo i principi del nostro diritto, il donatario o il legatario gravato di restituire ciò che rimarrà nel tempo della sua morte possa disporre per donazione tra vivi; e noi opiniamo ancora che questo peso non importi necessariamente proibizione di disporre per testamento. In ogni caso, è questa una quistione d' interpetrazione, la cui soluzione nell' un senso o nell' altro non potrebbe dar adito a cassazione. Toullier, V, 39, Grenier, *luogo cit.* Rolland de Villargues, n. 266.

(1) In mancanza di un testo di legge che determini gli effetti di una somigliante clausola, è permesso di prendere le espressioni: *in caso di bisogno*, nel senso più largo, vale a dire, in un senso tale che il diritto di alienare non dipenda che dalla volontà del gravato. E ci sembra che debbasi tanto meno esitare in adottare questa interpetrazione, in quanto essa tende alla conservazione della disposizione. Rolland de Villargues, n. 267. Merlin, *Quest.*, *v.* Sostituzione fedecommessaria, § 13, n. 3. Dalloz, *Giur. gen. v.* Sostituzioni n. 10. Vedi in senso contrario: Grenier, *Osservazioni preliminari*, n. 7 *ter.* Confr. Metz, 16 febbraio 1815. Sir., XIX, 2, 58. Questa decisione è stata pronunziata in una specie in cui il donatario gravato di restituire quel che rimarrebbe, era stato autorizzato a vendere *parte degl' immobili per poter vivere onorevolmente.*

rebbe, anche quando questo peso fosse stato stabilito con assegnamento sopra i beni donati o legati (1).

3) Bisogna in fine, perchè una disposizione possa essere riguardata come contenente una sostituzione, che il peso di conservare e di restituire, ingiunto al donatario e al legatario gratificato in primo ordine, e per conseguenza il dritto del donatario o del legatario in secondo ordine, sieno subordinati alla condizione sospensiva della sopravvivenza del chiamato al gravato, e della sua capacità nel tempo della morte di quest'ultimo. Questo è ciò che costituisce *l'ordine successivo* in materia di sostituzione (2).

(1) Di fatti, il peso di cui si tratta non impone al donatario o legatario la necessità di conservare i beni donati o legati, e non presenta veruno degli inconvenienti annessi alle sostituzioni; perciocchè non ha per oggetto lo assicurare la trasmissione successiva dei medesimi beni. La proposizione emessa nel testo è stata consacrata, nella specie di un legato avente per oggetto un immobile determinato, dalla corte reale di Parigi (21 dicembre 1824, Sir., XXV, 2, 74); ed i motivi sui quali è fondata questa decisione si applicano ugualmente all' ipotesi di un legato universale come a quella di un legato a titolo particolare. In vano direbbesi, che questa opinione debba essere rigettata, perchè permetterebbe di eludere a proprio volontà la proibizione delle sostituzioni. Non è già eludere una proibizione il fare apertamente una disposizione seria che la legge non proscriva punto, ed i cui risultamenti necessari o possibili non sieno in opposizione col motivi e con lo scopo di questa proibizione. Civ. rig., 8 giugno 1812, Sir., XII, 1, 363.

(2) L'art. 941 non esige espressamente questa terza condizione. Ma, è fuori dubbio, che adoperando le parole: « gravato di conservare e restituire » , i compilatori del Codice civile abbiano voluto esprimere l'obbligazione imposta al donatario e legatario di restituire i beni nel tempo della sua morte, dopo di averli conservati, come proprietario, durante la sua vita. Nell' antico diritto, l'ordine successivo, secondochè noi l'abbiamo definito, era riguardato come il carattere principale e distintivo delle sostituzioni fedecommessarie: e risulta fino alla evidenza dalle discussioni presso il consiglio di Stato, che si è inteso di proibire le sostituzioni quali erano dapprima usitate. D'altronde, la idea dei compilatori del Codice civile manifestasi nettamente nella eccezione che l' art. 897 (franc.) ammette alla proibizione delle sostituzioni. Di fatti nelle disposizioni che sono indicate da quest' articolo, e che sono regolate dagli art. 1003 e seguenti, il peso di restituire non è, in generale, suscettivo di essere adempiuto che alla morte del gravato, perchè la restituzione deve essere fatta a tutti i suoi figli nati e da nascere, e solamente alla morte di una persona si possono conoscere tutti i suoi figli da nascere. Ora non può comprendersi alcuna vera eccezione ad una proibizione, se non in quanto gli atti proibiti per regola generale presentino gli stessi caratteri intrinseci di quelli in favore dei quali l' eccezione sia stabilita. Launde, tutti gli autori e la giurisprudenza sono di accordo sulla necessità della condizione di cui si tratta. Toullier, V, 24. Merlin, *Quest.* v. Sostituzione fedecommessaria, § 6. Durantuo, VIII, n. 77 e seg. Rolland de Villargues, n. 54 e seg. Dal-

Da ciò risulta, che non vi ha sostituzione nel caso in cui il donatario o il legatario fosse stato gravato di restituire i beni donati o legati, sia immediatamente, sia dopo il decorrimento di un determinato termine, e neppure nel caso in cui questo peso gli sia stato imposto sotto una condizione qualunque, eccetto quella della sopravvivenza del chiamato.

La condizione della sopravvivenza del chiamato al gravato non ha bisogno di essere letteralmente espressa. Essa risulta soprattutto dalla circostanza che il gravato sia stato incaricato di restituire *alla sua morte*, o *allorchè egli morrà* (1). Ma essa non risulterebbe dal peso indeterminato di restituire, imposto al donatario o al legatario senz'altra aggiunzione nè spiegazione (2). Da

luz, *op. e v. cit.*, XII, 177, n. 1. Colmar, 8 agosto 1819, Sir., XX, 2, 34. Colmar, 25 agosto 1825, Sir., XXVI, 2, 45.

(1) *Dies incertus conditionem in testamento facit*. L. 75, D. *de Cond. et dem.* 35, 1. La morte del gravato, apposta come termine ad un legato, costituisce un termine incerto, e quindi opera a guisa di una vera condizione sospensiva. Di fatti, benchè sia certo che questa morte avverrà durante la vita del legatario; e ciò basta perchè il legato sia condizionale, e racchiuda per conseguenza, avuto riguardo alla natura della condizione, una vera sostituzione. Aggiungiamo, che questo principio è stato sempre applicato tanto alle sostituzioni fatte per atti tra vivi quanto alle sostituzioni testamentarie. Thevenot, cap. X, §§ 4 e 5. Toullier, V, 35. Rolland de Villargues, n. 59.

(2) Nell'antico dritto, in cui le sostituzioni erano permesse, presumevasi facilmente che il disponente, il quale non avesse manifestato l'intenzione contraria, avesse inteso di differire l'epoca della consegna alla morte del gravato. Erasi giunto perfino a stabilire per principio che la condizione della morte del gravato si presumesse di dritto in ogni disposizione contraria di restituire. Ricard, cap. X, n. 6. Thevenot cap. LVI, § 1. Ma oggidì che le sostituzioni sono, in generale, proibite; deesi per contrario presumere che il disponente, il quale abbia imposto al donatario o al legatario il peso indeterminato di restituire, non abbia inteso di subordinarne l'effetto alla premorienza di questo ultimo. Toullier, V, 23. Duranton, VIII, 88 e seg. Rolland de Villargues, n. 62 e seg. Dalloz, *op. e v. cit.*, XII, 178, n. 2. Nondimeno, se si versasse in una delle ipotesi in cui le sostituzioni sono per eccezione permesse, si potrebbero ancora, siccome nell'antico dritto, interpetrare le espressioni indeterminate: *col peso di restituire*, nel senso del peso di restituire alla morte del gravato. Duranton e Dalloz, *luoghi cit.*:— *Quid* della clausola colla quale il disponente, dopo di aver gravato il donatario o legatario di restituire i beni donati o legati, lo avesse in pari tempo gravato di conservarli senza limitazione di tempo? Rolland de Villargues e Dalloz, *op. e v. cit.*, XII, 179, n. 3, opinano che questa clausola conterrebbe tacitamente la condizione della sopravvivenza del chiamato. Essi si fondano principalmente sul riflesso, che appunto dalla clausola di conservare congiunta a quella di restituire il Codice civile distingue le sostituzioni da' semplici fedecommessi. Ma ci sembra che quest' argomento meni al falso. La quistione di sapersi ciò che il di-

un altro canto, le condizioni che non fossero suscettive di adempiersi salvochè dopo la morte del gravato, racchiuderebbero necessariamente quella della sopravvivenza del chiamato. Le condizioni. le quali, consistendo in un fatto negativo da parte del gravato, non possano verificarsi che alla sua morte, sembrano egualmente dover essere riguardate come contenenti quella della sua premorienza (1).

Del resto, poco importa che il peso di conservare e di restituire sia stato imposto al gravato sotto la sola condizione della sua premorienza al chiamato, ovvero che sia stato ad un tempo stesso, subordinato ad altre condizioni. Così, vi ha sostituzione nel legato col quale il testatore abbia gravato il legatario di restituire i beni nel caso in cui egli morisse prima degli anni ventuno di sua età, o senza lasciare posterità, come del pari vi sarebbe sostituzione nel legato con cui il testatore avesse semplicemente gravato il legatario di restituire i beni nel tempo della sua morte (2).

Allorchè una disposizione presenti i tre elementi o caratteri di sopra indicati, essa costituisce una sostituzione, e tale deve essere dichiarata, quali che sieno le espressioni di cui il disponente abbia fatto uso, e in forma sotto la quale egli abbia mascherate le sue intenzioni reali. Così, per esempio, deesi riguardare come contenente una sostituzione la donazione di un immobile fatta col peso del donatario di legare questo immobile ad un terzo (3). Deesi egualmente riguardare come contenente una sostituzione la disposizione, ad occasione della quale il donante o il testatore abbia stipulato il dritto di riversione, non già a suo favore personale, ma bensì a favore dei suoi eredi o di un terzo, nel caso in cui il donatario o il legatario morisse senza posterità (4), ed an-

sponente abbia inteso per la clausola di cui si tratta, non è già una quistione di dritto che possa essere risoluta giusta la definizione, d'altronde incompiuta, che il secondo comma dell'art. 941 dà delle sostituzioni, ma bensì una quistione di fatto, per la soluzione della quale convien seguire la regola d' interpetrazione. *Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant.*

(1) Tale si è, per esempio, la condizione! « Io lego a Tizio, *se egli non prenderà moglie*, lo gravo di restituire a Mevio ». Rolland de Villargues, n. 77.

(2) L'ordine successivo non esiste meno, benchè non sia stabilito che condizionalmente. Toullier, V, 36 e 37. Duranton, VIII, 87. Rolland de Villargues, n. 313. Civ. rig., 21 giugno 1841, Sir., XLI, 1, 693. Ric. rig., 22 novembre 1842, Sir., XLII, 1, 914.

(3) Confr. Brusselles, 10 febbraro 1809, Sir., X, 2, 546.

(4) Di fatti, la clausola di riversione, stipulata a vantaggio degli eredi del disponente, o a vantaggio di un terzo, contiene una disposizione in secondo ordine a favore di costoro, ed impone al donatario o legatario l'obbligazione giuridica di conservare e di restituire alla sua morte i beni donati o legati. Adunque, la donazione o il legato fatto

che la disposizione che fosse così concepita: Io lego i miei beni a Paolo, ma se egli muoia senza figli, intendo che il legato sia senza

sotto questa condizione riunisce realmente in sè tutti i caratteri costitutivi della sostituzione. In vano obietterebbesi, che l'art. 876, il quale proibisce di stipulare la riversione in favore di ogni altra persona diversa dal donante, non pronunzia la nullità della disposizione principale, in caso di violazione di questo divieto che giusta l'art. 816, la clausola di riversione stipulata in favore di persone diverse dal donante, debba semplicemente essere reputata non iscritta; e che, per quanta analogia il dritto di riversione possa presentare nei suoi risultamenti con le sostituzioni, non è permesso di applicarvi la disposizione esorbitante dell'artic. 943. Questa argomentazione menerebbe evidentemente al falso; perciocchè nella specie di cui parliamo non potrebbe trattarsi di una vera clausola di riversione, nel senso dell'art. 876. Di fatti, la clausola di riversione di cui si occupa quest'articolo è una condizione risolutiva, avente per oggetto l'operare la rivocazione di una donazione nel caso in cui il donante sopravvivesse al donatario, e per conseguenza il far ritornare i beni donati al disponente, il quale non se ne è spossessato che condizionalmente. La natura stessa delle cose impedisce che questa clausola venga stipulata in favore di persone diverse dal donante medesimo. Perciocchè non si concepisce come dei beni ritornino ad una persona che non ne era proprietaria nel momento della donazione. Se dunque l'autore di una disposizione gratuita abbia dichiarato di riservare un diritto di riversione, non già in suo personale vantaggio, ma a favore di un terzo o dei suoi eredi, questa riserva non ha della clausola di riversione che il solo nome: in realtà, il disponente si è, quanto alla sua persona, spossessato puramente e semplicemente dei beni donati, facendo a favore dei suoi eredi o del terzo da lui designato una disposizione eventuale in secondo ordine. Il perchè, si versa fuori delle circostanze prevedute dall'artic. 876, la cui disposizione non può per conseguenza essere invocata in somigliante caso. Aggiugniamo, che se, per ischivare la proibizione delle sostituzioni, bastasse l'adoperare la formola di una clausola di riversione, questa proibizione sarebbe interamente illusoria. Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. VIII, n. 10 e *Quist.*, v. Sostituzione fedecommessaria, § 4, n. 4. Toullier, V, 48. Rolland de Villargues, n. 86 e seg., e n. 295 e seg. Dalloz, *op. e v. cit.*, n. 4. Vedi in questo senso, quanto alla riversione stipulata a vantaggio di un terzo: Parigi, 6 termidoro anno XII, Dalloz, *op. e v. cit.*; Decreto dei 31 ottobre 1810; Civ. cass., 22 giugno 1812, Sir., XIII, 2, 24: Ric. rig., 3 novembre 1824, Dalloz, *op. e luogo cit.*; Ric. rig., 18 aprile 1842, Sir., XLII, 1, 525. Vedi, quanto alla riversione stipulata a vantaggio degli eredi del disponente: Corte suprema di Brusselles, 5 novembre 1816, Merlin, *Quest.*, v. Sostituzione fedecommessaria, § 4, n. 4; Pau, 4 gennaro 1826, Sir., XXVII, 2, 58; Ric. rig., 30 marzo 1829, Sir., XXIX, 1, 294; Civ. rig., 21 giugno 1841, Sir., XLI, 1, 603; Confr. Ric. rig., 26 febbraro 1843, Sir., XLIII, 1, 440; Amiens, 25 febbraro 1837, Sir., XXXVII, 2, 478. Vedi finalmente, per la riversione stipulata a vantaggio di un legatario universale; Civ. cass., 22 gennaro 1839, Sir., XXXIX, 1, 71; Tolosa, 30 giugno 1840, Dalloz, XLI, 2, 159. Che cosa bisognerebbe mai decidere nel

effetto (1).

2. Dell' interpetrazione degli atti impugnati come racchiudenti una sostituzione.

Allorchè le parole o le clausole di una disposizione impugnata come contenente una sostituzione, sieno suscettive di due interpetrazioni, cioè, di una, secondo la quale la disposizione in sè riunirebbe i caratteri costitutivi della sostituzione, e dell'altra, secondo la quale non li conferrebbe, deesi in preferenza adottare quest'ultima (2).

Sì fatta regola d' interpetrazione mena, tra l'altre, alle seguenti conseguenze:

1) Ogni disposizione concepita in termini che si applichino così nel caso in cui il primo gratificato venisse a morire prima del disponente, che a quello in cui morisse dopo di lui, e che possano per conseguenza intendersi tanto di una sostituzione semplicemente volgare, quanto di una sostituzione fedecommessaria, deesi riguardare come esprimente soltanto una sostituzione della prima specie (3). Così, deesi considerare come contenente non al-

caso in cui un donante avesse stipulato il dritto di riversione in pari tempo e per sè medesimo ed a vantaggio di un terzo o dei suoi eredi? Rolland de Villargues, n. 296 sostiene che in questo caso medesimo la donazione dovrebbe essere annullata come contenente una sostituzione. Vedi in questo senso; Riom, 9 aprile 1829, Sir., XXIX, 2. 278. Ma noi non siamo a parte di questa opinione. L' ipotesi di cui si tratta è compresa nella preveggenza dell'art. 876. Di fatti, il donante ha potuto seriamente volere stipulare un diritto di riversione in suo vantaggio; ed appunto perchè egli ha usato della facoltà che la legge gli accordava relativamente a ciò, non è possibile di dire che egli non abbia avuto altra intenzione fuorchè quella di mascherare una sostituzione sotto una clausola di riversione. Che se il donante abbia esteso a dei terzi il beneficio della stipulazione della riversione; questa estensione contraria alla legge deve fuori dubbio rimaner senza effetto; ma essa non potrebbe trarre seco la nullità del dippiù dalla disposizione. È questo il caso di dire: *Utile per inutile non vitiatur*. Civ. cass., 3 giugno 1823, Sir., XXIV, 2., 146. Ric. rig., 8 giugno 1836, Sir., XXXVI, 1, 463.

(1) Di fatti una somigliante clausola equivale sotto tutti i rapporti ad una clausola di riversione a vantaggio degli eredi legittimi del disponente. Duranton, VIII, 67. Rolland de Villargues, n. 89.

(2) *Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant.* L'applicazione di questa regola d' interpetrazione agli atti impugnati, come contenenti una sostituzione, è incontrastabile; perchè la violazione della proibizione delle sostituzioni produce non solamente la nullità del peso di conservare e di restituire, ma quella eziandio della disposizione principale, e non è a presumersi che il donante o testatore abbia voluto fare ciò che la legge gli vietava sotto pena della nullità della disposizione intera. Di fatti, tutti gli autori e la giurisprudenza sono di accordo su questo punto di dottrina. Vedi Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. VIII, n. 7; Toullier, V, 44 e 50; Duranton, VIII, 43; Rolland de Villargues, n. 123 e seg. Vedi altresì le autorità citate nelle note seguenti.

(3) Somiglianti sostituzioni erano altra volta appellate *compendiose*,

tro che una sostituzione volgare la clausola seguente: Instituisco Pietro, ed in caso di morte, o dopo la sua morte, metto un tale in suo luogo: Ma la clausola: Istituisco una tale mia legataria universale, e nel caso in cui venisse a morire prima della sua maggiore età o del suo matrimonio, intendo che il suo fratello erediti tutta la successione; ed anche quest'altra: in caso di morte della mia legataria prima di suo marito, il legato ritornerà ai figli, dovrebbero essere riguardate come esprimenti una vera sostituzione fedecommessaria (1). Quanto alla clausola: Istituisco Pietro, e se egli muoia senza figli, gli sostituisco un tale, la quale si rinviene frequentemente negli atti di ultima volontà, essa è stata, secondo le circortanze, considerata, talora come esprimente soltanto una sostituzione volgare, e talora come enunciante una sostituzione fedecommessaria (2).

perchè esse valevano secondo le circostanze, sia come volgari, sia come fedecommessarie. Thevenot. cap. XXIII. Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione diretta, § 5. Duranton, VIII, 42. Rolland de Villargues, n. 228 e seg.

(1) Rolland de Villargues, n. 241 e 242. Parigi, 11 marzo 1811, Sir., XI, 2, 171. Parigi, 30 agosto 1820, Sir., XX, 2, 332. Confr. Parigi, 17 dicembre 1836, Sir., XXXII, 2, 11.

(2) Vedi nel primo senso: Ric. rig., 10 giugno 1817, Sir., XVIII, 1, 294; Ric. rig., 10 gennaro 1821, Sir., XXI, 1, 384; Orléans, 10 febbraro 1830, Dalloz, XXII, 2, 183. Vedi nel secondo senso: Bordeaux, 18 marzo 1823, Sir., XXIII, 2, 455; Ric. rig., 3 novembre 1824, Sirey, XXV, 1, 42; Amiens, 29 aprile 1826, Sir., XXVIII, 2, 93; Nîmes, 4 aprile 1827, Sir., XXVII, 2, 252; Bourges, 14 marzo 1831. Rolland de Villargues, n. 239 propone, per la interpetrazione della clausola di cui si tratta una disposizione tra il caso in cui i figli del primo legatario fossero, in mancanza del loro padre, chiamati, come eredi *ab intestato* più prossimi, a raccorre i beni legati a quest'ultimo, e il caso in cui essi non potessero raccoglierli che in virtù di una disposizione fatta in loro favore. Egli opina, che, nel primo caso, non debba vedersi in questa clausola altro che una sostituzione volgare; perciocchè l'intenzione del testatore, che è stata quella di non sostituire in pregiudizio dei figli del primo legatario, sarà adempiuta, o che quest'ultimo lasci figli o che non ne lasci. Nel secondo caso per contro, quest'autore stima che la condizione: *se egli muoia senza figli*, sia un ostacolo al potersi considerare la sostituzione come volgare. Ei si fonda sul riflesso, che, nella supposizione in cui il primo legatario venisse a morire prima del testatore, lasciando figli, le intenzioni ben evidenti di costui sarebbero sconvolte, perchè i beni legati non riviverebbero nè a' figli del primo legatario, in pro dei quali non esisterebbe alcuna disposizione, nè al sostituto, la cui chiamata sarebbe divenuta caduca per la mancanza di adempimento della condizione, alla quale era subordinata. Noi siamo dell'opinione di Rolland, per quanto riguarda la prima ipotesi; ma in quanto concerne la seconda, la sua opinione ci sembra troppo assoluta. Siccome il testatore, il quale stabilisce una sostituzione volgare, è nella libertà di aggiungere quelle condizioni che egli stimi convenienti alla condizione della premo-

2) Allorchè le parole di una disposizione impugnata per causa di sostituzione, possano essere riguardate come esprimenti solamente un dritto d'accrescere tra collegatarii, esse debbono, in preferenza, essere interpetrate in questo senso, ancorchè, nella specie, l'accrescimento fosse avvenuto in virtù della legge ed indipendentemente da qualunque stipulazione (1). Questo è ciò che ha luogo pei legati fatti congiuntamente a più persone, colla clausola, che, nel caso di premorienza di uno o più dei legatarii, i superstiti raccoglierebbero la totalità del legato; purchè d'altronde le parole del testamento non fossero di ostacolo a potersi ammettere di avere il testatore avuto in mira l'ipotesi in cui uno o più dei legatarii morissero, lui vivente. Sarebbe lo stesso, in generale, ancor quando il testatore non avesse stabilito il dritto di accrescere che pel caso in cui uno o più dei legatarii morissero senza figli (2).

3) Le disposizioni fatte a vantaggio di più persone successivamente ed in caso di sopravvivenza delle une alle altre, ma che sieno suscettive di risolversi in semplici disposizioni condizionali, debbono essere interpetrate in questo senso, piuttosto che in quello di disposizioni fatte con peso di restituire nel tempo della morte del donatario o del legatario. Così, per esempio, non dovrebbesi ravvisare sostituzione, nè in un legato che un coniuge avesse fatto a favore dell' altro coniuge, nel caso in cui i loro figli morissero prima di costui, nè in una disposizione colla quale un padre avendo due figli maschi e delle figlie femmine, avesse legata una determinata porzione dei suoi beni a colui dei suoi figli maschi che vivrebbe fino a venticinque anni, colla clausola che se tutti e due giungessero a questa età, il primogenito si avesse tre quarti, ed il secondogenito un quarto del legato (3). Non si dovrebbe neppure ravvisare al-

rienza dell' istituito, e siccome la condizione: *se l'istituito muoia senza figli*, è suscettiva di effettuarsi tanto prima quanto dopo la morte del testatore, noi inclineremmo, a riserba di circostanze particolari, ad applicare, anche in questa ipotesi, la regola d'interpetrazione: *Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant*.

(1) Di fatti deesi piuttosto ammettere di avere il testatore, per ignoranza della legge, o per eccesso di precauzione, inserita nel suo testamento una clausola superflua o inutile, che supporre di aver egli voluto apporre alla sua disposizione un peso che ne avrebbe prodotta la nullità. Duranton, VIII. 48. Rolland de Villargues, n. 258; Ric. rig., 26 luglio 1808, Sir., VIII, 1, 382.

(2) Si può, in somigliante caso, ammettere che il disponente abbia inteso di sostituire volgarmente i figli dei legatarii congiunti che morissero prima di lui: e ciò basta per eliminare l'idea di una sostituzione fedecommessaria, qualunque potesse essere l'effetto di questa sostituzione volgare puramente implicita. Ric. rig., 19 luglio 1814, Sir., XV, 1, 14; Ric. rig., 10 gennaro 1821, Sir., XXI, 1 384.

(3) Toullier, V, 45. Duranton, VIII, 85.

cuna sostituzione nella disposizione in piena proprietà fatta a vantaggio di una persona, nel caso in cui ella sopravvivesse ad un terzo gratificato dell'usufrutto degli stessi beni, nè nel legato fatto ad una persona sotto la condizione che ella si maritasse, e con la clausola, che se ella non si maritasse, il legato venisse raccolto da un terzo (1).

4) Quando le parole di una disposizione fatta a favore di più persone, chiamate le une dopo le altre, lascino qualche dubbio sul punto di sapersi se il disponente abbia inteso di gratificare il primo legatario dandogli la proprietà dei beni legati, o se al contrario egli non abbia voluto dargliene che l'usufrutto, deesi in preferenza adottare quest ultima interpetrazione (2). Così, per esempio, se un testatore, dopo di aver disposto in questi termini: Lego i miei beni a Paolo, avesse aggiunto, per goderne in usufrutto durante la sua vita, e dopo la sua morte, voglio che i miei beni si appartengano in piena proprietà, ovvero, che essi rivengano o ritornino a Pietro, non si dovrebbe riguardare questa disposizione come contenente a favore di Paolo un legato di proprietà col peso di restituire a Pietro (3).

5) Se una disposizione impugnata per motivo di sostituzione sia suscettiva di essere riguardata come una disposizione *de eo quod supererit*, essa deesi in preferenza intendere in quest'ultimo senso. Così, per esempio, non si dovrebbe ravvisare sostituzione in un legato fatto a vantaggio di più persone, perchè esse ne godessero, usassero e disponessero nel più assoluto modo, benchè colla clausola, che se uno dei legatarii venisse a morire senza posterità dopo il testatore, la sua porzione si accrescesse agli altri collegatarii (4).

La quistione di sapersi se una data disposizione presenti, o esplicitamente e secondo gli stessi suoi termini, o implicitamente e nei suoi risultamenti, i caratteri o gli elementi costitutivi di una sostituzione, è di sua natura una quistione di dritto, e non già una semplice quistione di fatto. Il giudice, che mantenesse ferma una

(1) Colmar, 25 agosto 1825, Sir., XXVI, 2, 45; Poitiers, 29 lug. 1830, Sir., XXX, 2, 313. Vedi altresì: Parigi, 23 giugno 1825. Sir., XXV, 2, 282; Ric. rig., 20 dicembre 1831, Sir., XXXII, 1, 44; Ric. rig., 17 giugno 1835, Sir., XXXVI, 1, 44.

(2) Duranton, VII, 51. Confr. Ric. rig., 20 novembre 1837, Sir., XXVIII, 1. 968. Ric. rig., 20 gennaio 1840, Sir., XL, 1, 363.

(3) Toullier, V, 43. Rolland de Villargues, n. 289. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Sostituzione, XII, 191, n. 7 Vedi note 7 ed 8 *supra*. Confr. nondimeno in senso contrario: Merlin. *Quest.*, v. Sostituzione fedecommessaria, § 5; Ric. rig., 19 nevoso anno XII, Dalloz. *op. e v. luogo cit.*; Liegi, 23 ottobre 1806, Dalloz, *op. e v. cit.* Vedi altresì: Ric. rig., 24 maggio 1837, Dalloz, XXXVII, 1, 341.

(4) Ric. rig., 17 gennaio 1839, Dalloz. XXXVI, 1, 313. Confr. Ric. rig., 27 febbraio 1843, Sir., XLIII, 1, 440.

disposizione la quale in sè riunisse nella realtà tutti i caratteri costitutivi di una sostituzione, ovvero che annullasse, come contenente una sostituzione, una disposizione sfornita di questi caratteri, violerebbe l'art. 941, 942 e 943, o farebbe di quest'articolo una falsa applicazione, la quale implicherebbe violazione di altri articoli. Da ciò risulta che le sentenze pronunziate in tale materia sono, in generale, sottoposte all'esame ed alla censura della corte di cassazione (1). Nondimeno, se, interpetrando le clausole di una disposizione suscettiva di essere intesa in due sensi differenti, un tribunale avesse dichiarato che questa disposizione racchiuda, non già una sostituzione fedecommessaria, ma bensì una semplice sostituzione volgare, un legato congiunto con dritto di accrescere, legati distinti di usufrutto e di nuda proprietà, o tutt'altra disposizione autorizzata dalla legge, l'interpetrazione adottata dal tribunale sfuggirebbe alla censura della corte di cassazione. Lo stesso sarebbe nell'ipotesi inversa (2).

3. Della nullità delle disposizioni che racchiudono una sostituzione.

Ogni disposizione che racchiuda una sostituzione vietata è nulla, non solamente riguardo al chiamato, ed in quanto concerne il peso di conservare e di restituire, ma eziandio riguardo al gravato, ed in quanto concerne la disposizione principale a cui siffatto peso sia stato aggiunto (3).

(1) Civ. cass., 22 giugno 1812, Sir., XIII, 1. 24. Civ. cass., 3 giugno 1823. Sir., XXIII, 1, 309. Civ. cass., 7 marzo 1822, Sir., XXII, 1, 186.

(2) Ric. rig., 19 luglio 1814, Sir., XV, 1, 14. Ric. rig., 27 aprile 1819 Sir., XIX, 1, 312. Ric. rig., 12 maggio 1819, Sir., XX, 1, 79. Ric. rig., 21 gennaio 1827, Sir., XXVII, 1, 142. Ric. rig., 29 marzo 1829, Sir., XXIX, 1. 293. Confr. Ric. rig., 31 gennaio 1842, Sir., XLII, 1, 269.

(3) Questo è ciò che risulta chiaramente dalla compilazione dell'art. 941, 942 e 943, il quale, dopo di aver proibite le sostituzioni, dichiara nullo, non solamente il peso di conservare e restituire, ma la disposizione ancora colla quale siffatto peso sia stato imposto, e soprattutto da queste parole: *anche riguardo al donatario, ed al legatario*, parole, le quali sarebbero inesplicabili, se il donatario o legatario dovesse profittare dell'intero beneficio della disposizione. Esistevano d'altronde pel legislatore possenti motivi da annullare, una col peso di conservare e di restituire, la disposizione di primo ordine alla quale essa trovisi annessa. Limitandosi ad annullare il peso di conservare e restituire, ei sarebbesi esposto al pericolo di invertire le affezioni del disponente; perciocchè, nel concorso del gravato col sostituito, è impossibile di sapere quale de' due sia quegli che abbia inteso di preferire. Di fatti, il punto di dottrina di cui discorriamo non forma più oggidì oggetto di dubbio. Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. I. § 14, n. 2, Toullier, V. 13. Duranton, VIII, 90. Grenier, *Osservaz. prelim.*, n. 3. Rolland de Villargues, n. 314. Ric. rig., 18 gennaio 1808, Sir., VIII, 1, 234, Brusselles, 28 febbraio 1809, Sir., X. 2. 536. Ric. rig., 7 novembre 1810, Sir., XIII. 1, 456. Tolosa, 10 agosto 1820, Sir., XX, 2, 320.

Sarebbe lo stesso, anche nel caso in cui un testatore avesse fatto in un primo testamento una istituzione ovvero un legato puro e semplice, e poi, con un secondo testamento, avesse gravato il legatario di sostituzione (1).

Allorchè uno stesso atto contenga più disposizioni, di cui una sia infetta di sostituzione, la nullità di questa disposizione non influisce in verun modo sulla sorte delle altre. Per tal guisa soprattutto, la nullità di un legato universale gravato di sostituzione non reca alcuna ferita ai legati particolari contenuti nel medesimo testamento: legati, che dovranno essere soddisfatti dagli eredi *ab intestato* (2). Vi ha di più: se il peso di conservare e di restituire versi unicamente sopra una parte delle cose donate o le gate, la donazione o il legato è valido pel resto di tali cose (3).

Del rimanente, una donazione o un legato non dev' essere annullato per intero, come contenente una sostituzione, se non in quanto la disposizione in primo ordine a vantaggio del gravato, e quella in secondo ordine a vantaggio del chiamato, concorrano realmente, e sieno entrambe efficaci, ammettendo che le sostituzioni fossero permesse. Se una di queste disposizioni fosse, indipendentemente dalla proibizione delle sostituzioni, infetta di una nullità di forma o di sostanza, ovvero fosse divenuta caduca, l'altra varrebbe, sia come donazione o legato puro e semplice, sia come donazione o legato diretto (4). Non per tanto, allorchè una disposizione testamenta-

Vedi in senso contrario: Parigi, 7 termidoro anno XII, Sir., V, 2, 11.

(1) Rolland de Villargues, n. 319. Civ. rig., 21 giugno 1841. Sir., XLI, 1, 603.

(2) Rouen, 14 agosto 1812, Sir., XIV, 2, 1.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. 1, § 14, n. 5. Toullier, V, 14. Duranton, VIII, 91. Rolland de Villargues, n. 321. Grenier, *Osservaz. prelim.*, n. 4. Civ. cass., 27 giugno 1811, Sir., XI, 1, 316. Ric. rig., 3 agosto 1814, Dalloz, *Giur. gen.*, v. Sostituzione.

(4) Di fatti, una disposizione nulla o divenuta caduca è a riguardarsi come se non avesse avuto luogo, e non può per conseguenza influire sulla sorte di un' altra disposizione, la quale, considerata in se stessa e fatta astrazione della sua relazione colla prima, non sia infetta da alcun vizio. Ciò sembraci incontrastabile, allorchè la sostituzione è quella che sia nulla o che sia divenuta caduca; e noi non esitiamo ad applicare il medesimo principio al caso di nullità o di caducità della disposizione in primo ordine. Indarno si obietterebbe, che non essendo la sostituzione salvochè un accessorio della disposizione in primo ordine, debba crollare insieme con questa. Siffatta obiezione difetta nella sua base; perciocchè è inesatto il dire che la sostituzione sia un semplice accessorio della istituzione: l' una e l' altra di queste disposizioni sono egualmente principali, in questo senso almeno, che l' istituzione non può essere considerata come il fondamento sul quale poggi la sostituzione. La relazione che passa tra queste due disposizioni concerne solamente il modo di esecuzione, e non già l' esistenza della sostituzione. D' altronde, quando ancora la disposizione in secondo or-

ria sia soggetta ad essere annullata come contenente una sostituzione, la rinunzia che facesse o il gravato o il sostituto alla liberalità fatta in suo favore, non potrebbe produrre l'effetto di convalidare il dippiù della disposizione, la quale perciò non dovrebbe meno esser dichiarata nulla in tutte le sue parti (1).

La clausola colla quale l'autore di una disposizione tra vivi o testamentaria avesse dichiarato che, nel caso in cui questa disposizione fosse impugnata, come contenente una sostituzione, egli intendeva che la donazione o il legato in primo ordine avesse il suo effetto, come liberalità pura e semplice, ovvero che la donazione o il legato in secondo ordine fosse mantenuto fermo come liberalità diretta, dovrebbe essere reputata illecita, in quantochè tenderebbe ad eludere il divieto delle sostituzioni (2). Sa-

dine formasse un accessorio della disposizione in primo ordine, non ne seguirebbe punto che quella dovesse svanire in caso di nullità o di caducità di questa. Di fatti, la sostituzione dovendo essere stabilita nella forma prescritta per la validità delle donazioni o de' testamenti, essa riunisce in sè medesima, ed indipendentemente dalla esistenza della istituzione, tutte le condizioni prescritte per la efficacia di una disposizione a titolo gratuito; e si sa che la regola: *Accessorium sequitur principale*, è inadattabile sempreché l'accessorio sia di tale natura da sostenersi da per sè medesimo: *Quando accessorium per se stare potest*. Così, non vi ha dubbio che nelle sostituzioni ammesse per eccezione, la nullità o la caducità della istituzione a vantaggio del gravato non porta alcuna ferita alla sostituzione, la quale dev' essere eseguita come disposizione diretta, sia dal disponente medesimo, sia da' suoi eredi *ab intestato* o da' suoi legatari universali. Furgole, *Quistioni sulle donazioni*, quest. 5. n. 11. Rolland de Villargues, n. 336. Dalloz, *Giur. gen.*, *v.* Sostituzione, n. 10 e seg. Vedi nondimeno in senso contrario, pel caso in cui il legato in primo ordine, fatto in favore del gravato, fosse divenuto caduco a cagione della premorienza di lei al testatore: Parigi, 11 marzo 1811, Sir., XI, 2, 171.

(1) Corre, sotto questo rapporto, una differenza facile a comprendersi tra la ripudiazione della istituzione o della sostituzione, e gli altri casi di caducità dell' una o dell' altra di queste disposizioni. La ripudiazione non impedisce che il concorso della istituzione e della sostituzione sia realmente esistito nel tempo della morte del testatore; e non può dipendere dal gravato o dal chiamato il coprire, quanto all' una di tali disposizioni, la nullità che le colpisca tutte e due, rinunziando alla disposizione che sia stata fatta in suo favore. Una somigliante rinunzia dovrebb'essere considerata siccome non avvenuta; perciocchè non si può realmente e seriamente rinunziare salvochè a que' diritti che si potrebbero utilmente reclamare; *Quod quis, si velit, habere non potest, repudiare non potest*. Rolland de Villargues, n. 339.

(2) L' effetto di siffatta clausola sarebbe quello di privare di ogni sanzione la proibizione stabilita dall' art. 841, 942 e 943, perchè essa toglierebbe alle persone, che esse sole potrebbero avere interesse ad attaccare una sostituzione, ogni motivo di farlo. E questo risultamento è tanto meno ammessibile, in quantochè la

rebbe lo stesso della clausola con cui l'autore di una donazione tra vivi o di un legato avesse, pel caso in cui questa donazione o questo legato venisse impugnato come contenente una sostituzione, disposto dei beni donati o legati a vantaggio di altre persone (1). A maggior ragione, la semplice proibizione fatta dal disponente a' suoi eredi, sotto pena della privazione di ogni dritto sulla sua successione, d'impugnare tale disposizione, come contenente una sostituzione, dovrebbe rimanere senza effetto (2).

4. Della pruova delle sostituzioni.

La pruova che una disposizione tra vivi o testamentaria sia stata fatta con peso di conservare e di restituire i beni ad un terzo gratificato in second' ordine, non può risultare che dall' atto medesimo il quale racchiuda siffatta disposizione, o da un testamento posteriore, se trattisi di un legato. Gli eredi del disponente non sarebbero ammessi a stabilire questa pruova coll'aiuto di altri elementi. Così, non potrebbero nè deferire al donatario o al legatario il giuramento sulla quistione di sapersi se il disponente gli abbia ingiunto di conservare i beni donati o legati per restituirli ad un terzo, e se egli intenda di uniformarsi a questo peso, nè farlo a tale oggetto interrogare sopra fatti e circo-

proibizione delle sostituzioni è fondata sopra ragioni di ordine pubblico. D'altronde, ammettendo la validità di una somigliante clausola, gli eredi, o altre persone incaricate dell' adempimento del legato contenente sostituzione, non avendo motivi per impugnarlo, probabilmente non lo impugnerebbero. Sarebbesi allora nell'alternativa, o di rispettare la disposizione con tutti gli effetti annessi ad una vera sostituzione, contrariamente alla proibizione dell' art. 941, 942 e 943; o di ridurre la doppia disposizione fatta dal testatore ad una liberalità unica, contrariamente al voto di costui, il quale non aveva prescritta siffatta riduzione che pel caso in cui la sua disposizione venisse impugnata. La difficoltà alla quale darebbe luogo la validità della clausola di cui si tratta, per quanto riguarda il regolare i diritti rispettivi del sostituito e del gravato, diverrebbe ancora più complicata se si trattasse di determinare i dritti de' terzi che avessero contrattato, sia coll' uno, sia coll' altro. Duranton VIII, 94. Vedi nondimeno in senso contrario: Rolland de Villargues, n. 310; Dalloz, *Giur. gen.*, *op. e v. cit.*, XII, 214, n. 20; Parigi, 8 marzo 1820. Sir., XX, 2, 154: Ric. rig., 8 luglio 1834, Dalloz, XXXIV, 1, 372.

(1) Bordeaux, 30 luglio 1832, Sir., XXXIII, 2, 154. Nondimeno, la clausola di cui si tratta potrebb' essere per eccezione mantenuta ferma, se il disponente l'avesse stabilita di buona fede, vale a dire, a cagione della sua incertezza sui caratteri costitutivi della sostituzione e col desiderio di rispettare la proibizione della legge, piuttosto che coll' intenzione di eluderla. Ma la buona fede del disponente non dovrebb' essere facilmente ammessa in simigliante caso. Rolland de Villargues, n. 342 e 343. Ric. rig., 1 marzo 1830, Dalloz, XXX, 1, 142. Ric. rig., 1 marzo 1831, Dalloz, XXXI, 1, 80.

(2) Ric. rig., 30 luglio 1827, Sir., XXVIII, 1, 36.

stanze. Non sarebbero neppure ammessi a prevalersi, sia di lettere missive scambiatesi tra il disponente e il donatario o legatario, sia di altri scritti, da cui risultasse la pruova che quest'ultimo abbia assunto l'obbligo di conservare e di restituire i beni ad un terzo convenuto (1).

(1) Una sostituzione non può, allorchè sia per eccezione permessa, essere stabilita che nelle forme prescritte per le donazioni tra vivi o pe' testamenti. Se il peso di conservare e di restituire fosse stato imposto al donatario o legatario verbalmente soltanto, o pure per iscritto, ma in un atto sprovveduto delle solennità richieste per le disposizioni a titolo gratuito, tal peso non sarebbe civilmente obbligatorio, e non conferirebbe al terzo designato per ricevere in secondo ordine i beni donati o legati, veruna azione affin di reclamare la consegna di siffatti beni. La disposizione a vantaggio di questo terzo sarebbe nulla nella forma, e qualunque prova che costui offerisse per istabilirne l'esistenza, dovrebbe essere rigettata come non rilevante: ***Frustra probatur quod probatum non relevat.*** Or allo stesso modo onde una sostituzione per eccezione non può essere efficace, se non in quanto la doppia disposizione fatta a vantaggio tanto del gravato quanto del sostituito si trovi stabilita con un atto rivestito delle formalità prescritte per le disposizioni a titolo gratuito, così pure non si può impugnare una donazione o un legato, come contenente una sostituzione proibita, se non in quanto il peso di restituire sia stato imposto con un atto stipulato nelle forme richieste per la validità delle disposizioni tra vivi o testamentarie. In vano si obietta che il donante o il testatore siasi riposato, quanto alla esecuzione della sua volontà, sulla buona fede del donatario o del legatario, e che questi abbia potuto credersi obbligato in coscienza ad adempiere tale volontà. Di fatti, non è già la semplice possibilità della trasmissione de' medesimi beni con un ordine successivo, ed a persone designate o convenute anticipatamente, quella che la legge ha voluto proscrivere: essa ha avuto solamente lo scopo di prevenire i numerosi inconvenienti annessi ad una sostituzione forzosa. In vano ancora si soggiugne, che quando il disponente gravi il donatario o il legatario di conservare e di restituire, nel tempo della sua morte, i beni donati o legati, e questi prometta di adempire ad un tale peso, si formi tra loro un patto illecito e fraudolento, e che per conseguente questo patto sia, al pari di una interposizione di persone a vantaggio di un incapace, suscettivo di essere provato con ogni sorta di prove. Siffatta obiezione non ha maggior forza della prima. Perciocchè, oltre che questo patto non è civilmente obbligatorio, esso non produrrebbe, se venisse volontariamente eseguito, gl' inconvenienti annessi alle sostituzioni. Ed in vero, esso non potrebb' essere opposto ai terzi, riguardo a' quali la proprietà de' beni donati o legati non sarebbesi meno acquistata, in un modo irrevocabile, dal donatario o legatario. Non si può dunque sostenere che un somigliante patto faccia frode alla proibizione delle sostituzioni; perchè l'esecuzione che esso potrebbe ricevere non presenterebbe i pericoli o gl' inconvenienti che questa proibizione ha avuto per oggetto di prevenire. Quanto alla assimilazione che vorrebbesi stabilire tra l'ipotesi che ci occupa e quella di una interposizione di persone a vantaggio di un incapace, tale assimilazione manca di esattezza. Allorchè si attacchi una

619. *Delle sostituzioni permesse per eccezione.* — *Dei maioraschi.* 620 *Delle sostituzioni permesse dalle leggi civili.*

619 c, Delle sostituzioni permesse per eccezione. — 1) Dei maioraschi (1).

Nozioni storiche: *Francia.* — Nel ristabilire i titoli ereditari, Napoleone aveva nel tempo stes-

disposizione, siccome fatta ad un incapace per mezzo di una interposizione di persone, non si allega già la esistenza di due disposizioni successive, fatte, una a vantaggio del donatario o legatario apparente, e l'altra a vantaggio di un incapace. Si sostiene che non vi ha alcuna seria disposizione a vantaggio del donatario o legatario apparente, e che la donazione o il legato è unicamente fatto a favore di un incapace; ed è cosa affatto naturale l'essere, in somigliante caso, ammesso a provare con ogni specie di prove l'interposizione delle persone, perchè non si tratta in fine che di stabilire lo scopo reale di una disposizione della quale le parti hanno fraudolentemente dissimulato la vera destinazione. Allorchè per contrario s'impugni una donazione o un legato come contenente una sostituzione, si allega l'esistenza di due disposizioni distinte e successive, a vantaggio del gravato, l'altra a vantaggio del chiamato: e se, in luogo di esibire un atto regolare nella forma, il quale provi quest'ultima disposizione, l'attore conviene che non esiste un somigliante atto, la sua domanda deve appunto perciò essere rigettata. Rolland de Villargues, n. 350 e 350. Dalloz, *Giur. gen.* v. Sostituzione, VII, 216, n. 3 e 4 Limoges, 11 gennaio 1841, Sir., XLI, 1, 263. Confr. Ric. rig., 18 giugno 1835, Dalloz, XXXV, 1, 299; Ric. rig., 16 marzo 1842. Sir., XLII, 1, 637. Vedi in senso contrario: Merlin., *Quest.* v. Sostituzione fedecommessaria, § 14; Ric. rig., 23 dicembre 1814, Sir., XV, 1, 174. Quest'arresto giudica, che quando un legatario confessi che il suo legato gli sia stato fatto col peso di conservare e di restituire, e che egli intenda di eseguire questa obbligazione, il legato possa essere dichiarato nullo come contenente una sostituzione.

* (1) Le monarchie ed i feudi diedero origine ai majoraschi. L'ambizione che spingeva l'uomo ad emulare i suoi superiori introdusse i fedecommessi perpetui, base de' majoraschi, che dal tempo de' Franchi prima in Italia poi nelle Spagne si moltiplicarono.

* A dar qualche ordine a questa materia noi vedremo come essi si rintroducessero in Francia; come si riproducessero nel nostro regno coll'occupazione francese, come furono nella ristaurazione accolti; e le disposizioni che oggi li regolano: tutto ciò si nel testo che nelle note.

* Vedemmo come i fedecommessi disparvero sotto la legislazione francese del 1792; e quando ebbe luogo il Codice civile, i principii avversi alle sostituzioni trionfarono. Non si vuole nè perpetuità nè privilegio. Alla perpetuità si attribuirono la maggior parte de' vizii delle antiche sostituzioni, e le liti altrettanto lunghe che frequenti, e il deperimento de' beni, e la di loro esclusione dal commercio, e gl'inganni eternamente tesi alla pubblica confidenza. Riguardo ai privilegi, fu-

so ristabilito l'uso dei maioraschi, vale a dire, delle sostituzioni per-

rono essi rappresentati come contrarii alla morale, la quale proibisce per arricchir alconi in una famiglia, lasciare agli altri la miseria o una umiliante dipendenza.

* Ma col tempo cambiano gli uomini e le loro opinioni che per lo più non sono che i loro interessi. Un imperatore detronizzò la repubblica, e d' allora si credè che colla monarchia vi bisognava una oobiltà, ed il voto di Montesquieu venne adottato. I primi germi di questi nuovi principii foron gettati in varii decreti dell' anno 1806; bentosto il senato-consulto del 14 agosto detto anno legittimò l' istituzione de maggiorati, applicaodoli alle proprietà altrui, e il decreto dell' 8 marzo 1808 ne dettò gli statuti.

* Ma molti vincoli si apposero onde non ricadere ne' difetti dell' antica legislazione. Sostituire era una volta l' opera unica della volontà particolare, nel maggiorato fu d'uopo unirvi la volontà sovrana: il principe trovossi in mezzo alla famiglia, per una privata conveoziooe senza intervento alcuno della pubblira autorità. Essa era una volta la regola generale comuoe a tutti i cittadini; nel maggiorato diveune una eccezione limitata ad un piccol numero di nobili. Nella formazione de' maggiorati i fedecommessi furono il mezzo e non già il line: in una parola i maggiorati furono ristabiliti, le sostituzioni restarono proscritte, e questo fu il vero fine del senatus-consulto del 1806.

* Aggiungasi a tutto ciò, che non essendo accordato alcun privilegio ai nobili, colui che li crea li vuol rendere tutti eguali avanti a lui, non meno che eguali innanti alla legge; che un solo essendo il padrone della porta per la quale hassi a passare per entrare nella nobiltà, egli può a suo piacere e secondo il suo interesse aprirla o chiuderla; che lo stesso mezzo potreb' essere impiegato nel giorno in cui l' agricoltura domandasse che si mettesse un freno al desiderio dei maggiorati; che la dotazione non nuoce ad alcuna specie di legittima; e comprenderassi quanto fosse vano il terrore che si voleva ispirare sulla perpetuità de' maggiorati sia al capo del governo, sia allo Stato, sia ai particolari.

* Questa nuova nobiltà così incatenata dovea al contrario, o almeno i suoi fondatori ne avevano la pretensione, risolvere un problema politico che da niun governo si era ottenuto di fare. Circondare il trono io modo di adornarlo, appoggiarlo ma non scuoterlo, cooeiliare l' uguaglianza de' dritti coll' uguaglianza delle condizioni, creare nella Democrazia una Aristocrazia aperta a ciascuno. Ecco il fine verso il quale si teodeva, verso il quale la perpetuità de' maggiorati, senza mai allontanarsene, era soltanto capace di giungere. Certamente infatti i baroni dei primi secoli della nostra monarchia non furono così spaventevoli alla corona per motivo che i di loro forti castelli erano ereditari lino all' ultimo maschio, sino a che i re sollevando il popolo per strapparlo dalla servitù, il popolo aiutò a vicenda i re ad uscire da loro legami. Essi lo furono piuttosto perchè in quei tempi nei quali la forza governava tutto, i grandi feudatari forniti di un potere assoluto sulle persone e sui beni del loro vassalli, dei quali erano nel tempo stesso i sovrani giudici, godevano di una possanza qualche volta consimile a quella di un re di Francia, ridotto ai guerrieri ed alle rendite dei suoi propri demani. Egli è talmente vero che la nobiltà riunita alle dotazioni perpetue, quando la pubblica possanza non l' accompa-

petue destinate a formare la dotazione di questi titoli (1). I maioraschi potevano essere creati dal capo dello Stato, o, con la sua autorizzazione, dai capi di famiglia. Essi potevano avere per oggetto sia immobili, sia rendite sullo Stato o azioni della banca di Francia, regolarmente immobilizzate (2).

La legge del 12 maggio 1835 interdisse ogni istituzione di maioraschi per l'avvenire, lasciando nondimeno sussistere i maioraschi esistenti. Quelli che sieno stati fondati con beni particolari debbono continuare a produrre il loro effetto sino al secondo grado inclusivamente, eccetto se sieno rivocati da' fondatori, nelle cir-

gna, non può allarmare il potere monarchico, che Luigi XIV, quegli che gli esempi di Richelieu, le lezioni di Mazzarini, la memoria delle tempeste che avevano agitata la sua culla, l'abitudine di una autorità illimitata, dovevano renderlo inimico di ogni istituzione che avrebbe potuto limitarla, creò sotto il nome di *duché pairie*, delle dotazioni di quindicimila lire di rendita trasmissibili ereditariamente fino all'ultimo discendente maschio di colui che ne avesse ottenuta l'elezione; e basta il paragonare la legislazione del 1711 con quella del 1806, per vedere che la prima fu, almeno quanto alla trasmissione de' beni, la forma nella quale si gettò la seconda.

Chi dice maggiorato, dice un fedecommesso successivo, perpetuo, indivisibile, destinato a conservare sempre il nome, le armi, lo splendore di una famiglia, espressioni perfettamente sinonime » quelle colle quali nel loro preambolo, i diversi atti del 1806 han procurato di manifestare il loro pensiere, espressioni inapplicabili alle donne, che il loro sesso destina ad abbandonare un nome, le armi, uno splendore che si estinguerebbe con esse, per andare a dividere le altre in una nuova famiglia.

* Questa fu l'istituzione dei maggiorati concepita dal nuovo imperator de' Francesi che ancora voleasi appoggiare su di antiche idee, ed arricchire ed inalzare coloro de' quali volea servirsi per conquistare. Non furono dunque le sostituzioni temporarie, di cui egli non avea bisogno, quelle che esso volle ristabilire, ma i maggiorati perpetui che gli erano necessarii. Egli vedeva gli opposti elementi sulla legislazione vigente, e volle combinarli colle sue idee, non sulla scala della legge civile, ma su quella della legge politica; nè meglio poteva farsi allora nella Francia, dove più non esistevano altri beni di mani morte, che il creare maggiorati perpetui ristretti alla classe nobile, sottoposti alla sovrana approvazione, alle contribuzioni verso lo Stato, alla legittima verso i figli. Elevatosi egli al di sopra degl' interessi particolari, o almeno non volendoli che in secondo luogo, credè in una parola creare più che riprodurre una istituzione giusta per la morale, utile per la politica.

(1) I maioraschi sono stati stabiliti co' decreti del 30 marzo 1806, e col senatusconsulto del 14 agosto dello stesso anno. L'istituzione ne è stata poscia organizzata con gli atti seguenti: Decreti del 1 marzo 1808, del 24 giugno 1808, del 2 febbraio 1809, del 16 marzo 1809, del 4 maggio 1806, del 17 maggio 1809, del 4 giugno 1809, parere del consiglio di Stato di luglio, 5 agosto 1809, decreti del 3 marzo 1810 e del 22 dicembre 1812.

(2) Confr. art. 1. e seg. del secondo decreto del 1 marzo 1808.

costanze in cui la rivocazione ne è permessa. Quanto a' maioraschi istituiti dal capo dello Stato, per mezzo di dotazioni, essi sono stati conservati puramente e semplicemente, e non vanno soggetti ad estinguersi che nei casi preveduti dalle leggi e dagli atti d'investitura (1).

I beni componenti un maiorasco non possono essere alienati nè permutati, se non in virtù di una autorizzazione reale, o sotto la condizione del rimpiego. Essi sono imprescrittibili, e non potrebbero esser gravati di pesi nè d'ipoteche (2). I maioraschi passano alla discendenza legittima, naturale o adottiva del titolare, da maschio in maschio, e per ordine di primogenitura.

* *Napoli.* — Coll'occupazione militare francese ebbesi a Nap. lo stesso Codice civile col quale furono vietate le sostituzioni, ed annullata, tanto riguardo al donatario che all'erede istituito ed al legatario, qualunque disposizione colla quale costoro fossero incaricati *di conservare e restituire i beni* a terza persona.

* Ciò non ostante seguì a Nap. la stessa istituzione dei maioraschi fatta in Francia, che fu pubblicata colla legge del 21 dicembre 1809. Una commissione creata col titolo di *Consiglio dei maioraschi;* la rassegna di titoli, la accettazione dei nuovi; diploma in pergamena; trascrizione nei registri delle corti e tribunali del domicilio del concessionario e della situazione dei beni; giuramento solenne, e simili cose vi si contenenno. L'oggetto che vi si enunciò fu quello di conservare il lustro e le prerogative della nobiltà ereditaria, assicurandole il corredo di una conveniente fortuna, acciò potesse conservar l'onore nazionale ed accendere in tutti gli altri sudditi il desiderio di rendersi utili alla persona del monarca ed alla patria; ma in effetto, tolti quei pochi nei quali si premiarono le vere fatiche fatte per la patria, si ebbe in mira di ricompensare i servizii fatti dall'impetrante o dalla sua famiglia all'occupatore, creare una nobiltà nuova, profonder su di essa i beni dello Stato, ed indurre l'antica nobiltà del regno ad ottener nuovi titoli di una servitù, ed obbliar quelli che le gesta dei loro antenati avean meritati, e che la storia avea illustrati.

* Col decreto dei 10 gennaro 1812 si fecero varie modificazioni a questa legge istitutiva dei maioraschi. Tra l'altre stabilitosi che i maioraschi potevano essere costituiti dal re di proprio moto sopra domanda di colui che voleva esser decorato di un titolo, o di coloro che per aver un titolo offrivano di costituire un maiorasco trasmissibile col titolo ai loro discendenti.

* Si stabilì la rendita nel minimo pei duchi di lire 30,000; pei conti di lire 10,000; pei ba-

(1) Vedi art. 2, 3 e 4 della legge del 12 maggio. 1825.

(2) Confr. i diversi decreti renduti sulla materia, e soprattutto il secondo decreto del 1 marzo 1808, art. 40 e seg.

roni di 5,000, liberi di qualunque peso, ripelizione ed ipoteche.

* Ogni concessione di beni fatta dal re a titolo di grazia, o di ricompensa, o che avesse o no per oggetto la formazione di un maiorasco, portava il diritto del ritorno di essi alla corona, se pure non si fosse formalmente espresso il contrario.

Il godimento di un maiorasco o di una dotazione costituita in tutto o in parte dal re portava l'obbligo al possessore di risedere nel regno; e coloro che senza reale permesso risedessero fuori, dopo un anno di assenza incorrevano nel sequestro dei beni donati dal re: ma scorso un anno ed un giorno dal dì del sequestro, non ritornando il godente, il maiorasco o la dotazione passava di dritto al successore immediato, ed in mancanza di esso riputavasi estinto, tornando i beni al regio demanio.

** Varie regole si diedero su maioraschi domandati da coloro che avevano un titolo, e da coloro che ne impetravano alcuno; su i beni che potevano entrare nella formazione dei maioraschi; sulla spedizione, pubblicazione e registro delle lettere patenti e diplomi, e sugli effetti della formazione dei maioraschi e del loro godimento, così rapporto alle persone, che relativamente ai beni, ed al loro godimento.

* Altre importanti disposizioni si diedero col decreto suddetto sull'alienazione dei beni addetti ai maioraschi, ed al rimpiazzo di essi; sulla conservazione dei maioraschi; su i diritti di sigillo e di copia (1); e su quelli di registro e trascrizione degli atti relativi alla istituzione dei maioraschi.

* *Due Sicilie.*—Al ritorno della casa Borbone non ultimo pensiero del nostro legislatore fu quello dei riguardi dovuti alla conservazione ed allo splendore delle nobili famiglie del regno; e confermando l'abolizione della feudalità, e delle sostituzioni fedecommessarie, come vedemmo, si rivolse alla istituzione dei maioraschi. « Volendo quindi conciliare (son sue parole) coll'utile generale che dalla abolizione dei fedecommessi risulta, i riguardi dovuti alla conservazione ed allo splendore delle nobili famiglie del regno, considerò che un oggetto così interessante pel real animo non poteva altrimenti conseguirsi che colla istituzione dei maioraschi, ove la medesima fosse limitata da provvide disposizioni, e non si opponesse ai benefici effetti della legge abolitiva dei fedecommessi ». Queste furono le considerazioni che diedero motivo alla legge del 5 agosto 1818 sulla istituzione dei maioraschi colla quale venne abolita quella dell'occupazione militare. Questa nuova legge venne trasfusa nella sez. 7, cap. 5, tit. 2, lib. III, delle nostre leggi civili, e venne

* (1) Le spese di spedizione delle lettere patenti furono fissate pe' duchi a lire 600, pe' conti 400; pei baroni 200; pe' cavalieri lire 60.

accompagnata da un saggio *regolamento* della stessa data, che citato nelle leggi suddette si reputa farne parte. Altre disposizioni vi si aggiunsero colla legge del 17 ottobre 1822, resa pure parte integrale delle *leggi civili* di cui faremo in seguito menzione; e quindi nella legge emanata per l'instituzione della Consulta del Regno in data del 14 giugno 1824, fu dessa destinata a discutere e dare il suo avviso *sulle dimande per istituzione dei maggiorati*: nè finalmente mancarono altre sovrane risoluzioni del 9 agosto 1824, e del 14 settembre 1832 (1) colle quali pare

* (1) Le disposizioni contenute in questi due ultimi decreti furono le seguenti.

* Decreto del 9 agosto 1824.

* Veduti gli articoli 946 e seguenti delle leggi civili relativi ai majoraschi.

* Veduto il regolamento del 5 agosto 1818 per la istituzione dei maioraschi.

* Veduto l'articolo 15 num. 9 della legge del 14 giugno corrente anno relativamente all'esame delle dimande per istituzione de' maioraschi.

* Considerando che non può darsi luogo ad un regolare esame delle dimande per majoraschi, senza che sieno precedentemente adempiute le formalità nell'uopo prescritte dal citato regolamento del 5 agosto 1818; e che le Consulte per ragioni di loro istituzione non possono occuparsi di tale istruzione.

* Sulla proposizione del nostro Consigliere Ministro di Stato Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia;

* Udito il nostro Consiglio di Stato ordinario;

* Abbiamo risoluto di *decretare e decretiamo* quanto segue.

Art. 1.° Il nostro procuratore generale presso la Suprema Corte di giustizia residente in Napoli, ed il nostro procuratore generale presso la suprema Corte di giustizia residente in Palermo sono rispettivamente incaricati della istruzione sulle dimande per majoraschi a' termini del regolamento del 5 agosto 1818, secondo che tali dimande riguarderanno beni siti nei nostri reali domini al di quà o al di là del Faro.

* 2.° Il procuratore generale presso l'una o l'altra Suprema Corte di giustizia potrà delegare a' termini delle nostre leggi sull'ordinamento giudiziario, ad uno degli avvocati generali, e volta per volta, il disimpegno delle funzioni che gli sono state conferite col precedente articolo.

* 3.° I suddetti procuratori generali non potranno spiegare l'esercizio delle cennate funzioni senza esservi superiormente autorizzati per opera della nostra Segreteria e Ministero di Stato di grazia e giustizia, cui dovranno altresì far pervenire i loro rapporti sull'oggetto.

* Decreto del 14 settembre 1832.

* Veduti gli articoli 947 e 959 delle leggi civili, uniformi agli articoli 2 e 14 della legge de' 5 di agosto 1818, così concepiti:

* « I majoraschi non potranno stabilirsi senza l'approvazione del Re.

* « Le vendite, le permute e le altre alienazioni di tutti i beni sottoposti a majorasco, o di una porzione de' medesimi, saranno nulle, nè produrranno alcun effetto quando non sieno state fatte ne' casi di necessità o di utilità, e non sieno state eseguite colle forme prescritte nel regolamento dei 5 di agosto 1818.

* « Questa disposizione è del pari applicabile alle ipoteche di cui vorranno gravarsi gli stessi beni ».

* Veduto l'articolo 15 del rego-

che si dasse compimento a questa materia.

1. *Dei requisiti necessarii all' istitutore del maiorasco ed allo istituito.*

* Primo requisito per l' istituzione di un maiorasco è la *nobiltà*, la quale si estese a varie classi di persone (1).

* Secondo è la *parentela*. Lo estraneo può donare, ma non può istituire un maiorasco dal donatario. Il sesso non impedisce la istituzione, quindi le femmine possono essere fondatrici, sebbene non possono essere investite come prime chiamate. In una parola, possono istituirsi i maioraschi dagli ascendenti maschi o femmine che sieno a beneficio dei discendenti maschi (artic. 949); che possono formarsi da fratelli,

lamento de' 5 di agosto 1818 per la instituzione de' majoraschi, così concepito:

« L' esame della necessità o utilità dell' alienazione di tutto il maiorasco, o di una parte del medesimo, giusta l' articolo 14 della nostra legge di questo giorno, si farà dall'autorità che noi destineremo. « La medesima dovrà non solo conoscere quanto concerne il permesso dell' alienazione, ma regolerà pure la esecuzione dell' atto, perchè avvenga con sicurezza e vantaggio del maiorasco ».

* Veduto l' articolo 15 n. 9 della legge de' 14 di giugno 1824 organica della consulta generale del regno, con cui è dato alla medesima l' esame delle dimande per istituzione di maioraschi;

* Veduto il decreto del 9 di agosto 1824 che attribuisce ai nostri procuratori generali presso le corti Supreme di giustizia in Napoli ed in Palermo la instruzione delle dimande per istituzione de' maioraschi.

* Volendo provvedere alla esecuzione del trascritto articolo 13 del regolamento de' 5 di agosto 1818;

* Sulla proposizione del nostro Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia;

* Udito il nostro Consiglio ordinario di Stato;

* Abbiamo risoluto di decretare e decretiamo quanto siegue.

* Art. 1.° Le disposizioni contenute negli articoli 947 delle leggi civili e 15 n. 9 della legge de' 14 di giugno 1824, e nel decreto de' 9 di agosto del medesimo anno, relativamente alla istituzione de' maioraschi, saranno altresì provvisoriamente osservate ne' casi di domande per permutare, alienare, o ipotecare i beni soggetti a maiorasco.

* Art. 2.° Il nostro Ministro Segretario di Stato di grazia e giustizia, ed il nostro Ministro Segretario di Stato presso il Conte di Siracusa, nostro Luogotenente Generale ne' reali dominj oltre il Faro, sono incaricati dell' esecuzione del presente decreto.

* (1) Vi furono infatti compresi: 1. Tutti quelli individui i di cui nomi fossero iscritti sia nel *libro d' oro*, sia negli altri registri di nobiltà; 2.° tutti coloro che fossero nell' attuale legittimo possesso de' titoli per *concessione in qualunque tempo avvenuta;* 3.° quelli che appartenessero a famiglie di conosciuta nobiltà nel regno, ancorchè non fossero nei registri suddetti; 4.° e quelli cui conceduta si fosse tal distinzione di nobiltà per importanti servizii resi; salve tutte le altre disposizioni che il legislatore si siserbò di enunciare in una legge relativa alla nobiltà. V. art. 948. *Cod. civ.* e la legge del 17 ottobre 1822

ed anche dalle sorelle in favore del loro fratelli, a condizione che non abbiano discendenti nel tempo in cui vogliono costituire il maiorasco (artic. 950): dagli zii e dalle zie in beneficio dei loro nipoti, quando non abbiano discendenti (art. 951); e dai pro-zii e pro-zie a favore dei loro pro-nipoti (art. 14 11 del 17 ottobre 1822).

* Terzo requisito è la considerazione della *prole*; gli ascendenti non possono istituire maioraschi se non a favore dei loro discendenti, ed è vietato agli altri di farlo, avendo discendenti.

* Tre pure sono i requisiti necessarii all'istituito:

* 1. Il *sesso maschile*. Sono sempre e *per modo di regola*, dice l'articolo 952, escluse le femmine così per loro stesse, come nei loro discendenti abbenchè figlie del primogenito. Il metodo nella successione dei maioraschi è dunque un *misto* delle regolari primogeniture col *salto*, quando s' incontra la donna; onde può dirsi ordine di *primogenitura regolare qualificato*, il quale esclude gl' inabili che nella linea incontra, perchè sforniti della qualità richiesta a succedere. Il passaggio poi di una in altra linea fassi sempre per prossimità di linea, e non di persone.

* 2. *La qualità di primogenito*, sia che cominci il maiorasco dal primo istitutore, sia dalla persona dell' istituito ai termini dell'atto di fondazione (1). Ma a questo requisito primogeniale ha fatta una eccezione l' articolo 8 della citata legge del 1822 ». Lo istitutore di un maiorasco, ivi si dice, che cominci da se, può riserbarsi la facoltà di chiamare al godimento di esso quello dei di lui figli maschi che stimerà di prescegliere ; ma nel caso che questa destinazione non abbia luogo per atto tra vivi o per ultima volontà, s' intende prescelto il primo tra suoi figli o quegli che lo rappresenta ».

* 3. *La qualità di congiunto*. Vedemmo già che i fratelli non possono instituire maioraschi che a favor dei fratelli, i zii a favor dei nipoti, i pro-zii a favore dei pro-nipoti. Gli stessi ascendenti non possono istituirli che a prò della sola discendenza legittima e naturale del primo istitutore o in quella dell' istituito (art. 952). Non si era fatta parola dei *figli adottivi*, ma vi si supplì colla citata legge del 1822, la quale contemplando la linea adottiva ordinò nell'articolo 14 « che la » disposizione dell' articolo 949 » delle *leggi civili* sia applicabi» le ancora ai genitori adottivi ».

* (1) L' ordine della primogenitura è in essa essenziale col dritto di rappresentazione nella linea maschile, in modo tale che se l' ultimo possessore della linea retta muora senza figli o discendenti maschi di maschio, succede il primogenito maschio di maschio della linea prossima all' ultimo possessore di cui sia zio paterno o fratello, o anche in maggior distanza, purchè sia primogenito nella sua linea, o sia nel ramo che prossimamente si distacca, o si è distaccato dalla linea retta primogeniale dell' ultimo possessore (cit. art. 952).

* 2. *Dei beni che formar debbono la dote del maiorasco.*

* Riguardo ai beni che formar debbono la dote del maiorasco, bisogna considerarli per la loro natura, per la loro qualità, e pel valore necessario a questa istituzione.

* I beni sottoposti a maiorasco debbon essere fondi rustici, censi o canoni sopra terre, specialmente designati nell'atto della sua costituzione (art. 936). Non pensossi allora alle inscrizioni sul gran libro del debito pubblico riconosciuto dal Governo; ma vi si supplì coll'enunciata legge del 1822, che nell'articolo 2 permise *potersi sottoporre a maiorasco le iscrizioni sul gran libro del debito pubblico, quante volte siano immobilizzate*. Venne però lasciato in facoltà sia dell'istitutore, sia dei chiamati successivi di permutare in tutto o in parte le iscrizioni suddette in compra di fondi rustici o censi o canoni sopra terre (art. 6 della legge).

* Essenziale qualità di questi beni è quella di dover essere di libera proprietà dell'istitutore, non soggetti ad alcuna restituzione (art. 930) e dippiù liberi da qualunque ipoteca, anche eventuale (art. 937). Da *qualunque*, vale a dire non dalla sola ipoteca *convenzionale*, ma benanche dalla *legale*, e dall'ipoteca *giudiziale*; e dippiù anche da quella *eventuale*, da quella cioè che dipendesse da un evento qualunque (1). Nulladimeno i beni gravati d'iscrizioni ipotecarie per effetto d'ipoteche generali costituite in tempo in cui erano dalle leggi permesse, e di ipoteche speciali per crediti non esigibili dentro un triennio, possono entrare nella composizione del maiorasco, quando gli altri beni del fondatore offrano una sicurezza bastevole a garentire il maiorasco dall'effetto delle suddette iscrizioni: che se l'iscrizione abbia per causa un diritto eventuale o un credito non esigibile fra un triennio, la garentia sarà giudicata sufficiente, quando la somma dei beni per quella designati, presenti l'equivalente del valore del dritto suddetto o del capitale non ancora esigibile, calcolandosene la rendita alla ragione del 5 per 100 (art. 937).

** Ma qual sarà il valore dei beni necessario all'istituzione del maiorasco? L'articolo 934 *leggi civili* avea stabilito che non potesse questo eccedere la rendita imponibile di ducati 24 mila, nè esser minore di 4 mila: ma la legge del 1822 fissollo nel massimo ad annui ducati 30 mila, e nel minimo ad annui ducati 2 mila. Permise pure la legge suddetta che i maioraschi di minor somma potessero aumentarsi in una o più volte all'indicato *maximum*; e che potessero aumentarsi due o più maioraschi in un solo individuo senza limitazione alcuna, purchè però fossero que-

* (1) Varii sono i casi previsti dalle *leggi civili* di queste ipoteche eventuali, come può vedersi negli art. 2018; 2042, n. 4; 3047, n. 3; 2053, 2057, e 2058.

sti aumenti e cumulazioni accompagnati dalle stesse forme prescritte per lo stabilimento del maiorasco.—Per la norma onde fissare tale rendita venne stabilita quella già esistente per la contribuzione fondiaria, giusta il decreto del 10 giugno 1817, come la più generica e la più uniforme. Per l' esecuzione di queste disposizioni ed a rendere sicuri i terzi, varie provvidenze si diedero col citato *regolamento* del 5 agosto 1818; e finalmente prevedendosi il caso che nella morte del fondatore i beni suddetti non si fossero trovati più sufficienti, venne dichiarato non intendersi mai pregiudicato il diritto dei figli; quindi la porzione legittima di ciascuno, non esclusa quella dello stesso *chiamato* fosse precapita libera da qualunque vincolo; e quante volte per effetto di tal precapienza la rendita del maiorasco risultasse minore dei ducati 2 mila, stabilissi ch'esso si avesse come *ipso iure* disciolto (art. 958).

* 3. ***Dei diritti ed obbligazioni così dello istitutore che dello istituito o chiamato.***

* Passando ai diritti ed obbligazioni, così dell' istitutore che dell' istituito, vedemmo riguardo ai diritti del primo essersi stabilito, che egli avea la facoltà di chiamare al godimento del maiorasco da se cominciato quello dei di lui figli maschi che stimasse prescegliere, e per l' articolo 13 della legge del 1822 chiamarvi successivamente più individui e le loro discendenze nei termini della legge. Aggiungiamo ora che l' istitutore di un maiorasco che non comincia da se, può ritenere in tutto o in parte l' usufrutto dei beni che ha sottoposti a questo vincolo (art. 9 della legge); ed allora gli sono applicabili tutte le regole dalle leggi civili indicate al titolo dell' usufrutto (1).

* (1) Quindi egli raccoglie a suo profitto tutt' i frutti dell' immobile, anche quelli che al cominciar dell' usufrutto sono pendenti dalle radici, e li restituisce al finire di esso nel medesimo stato senza compenso nè da una parte nè dall' altra de' lavori, e delle correnti. I frutti civili gli appartengono a proporzione della durata dell' usufrutto. Può tagliare a suo vantaggio a taglio regolare i boschi cedui conformandosi alla distribuzione ed alla pratica costante de' proprietarî; lo stesso dei boschi di alto fusto anteriormente distribuiti in regolari tagliamenti del proprietario, e senza compenso nè a lui nè a suoi eredi pei tagli sia dei boschi cedui, sia di quelli riservati per crescere, sia di quelli di alto fusto, che egli avrebbe potuto eseguire, e non ha eseguito durante l' usufrutto. Egli gode delle miniere e cave di pietre già aperte, non di quelle non aperte nè delle altre di carbon fossile non incominciate a scavarsi, allorchè ebbe luogo l' usufrutto. Nulla può pretendere sul tesoro trovato nel fondo, ma gode dell' incremento prodotto dall' alluvione. Non avrà dritto a veruna indennizzazione pe' miglioramenti. Gode dei dritti di servitù e degli altri appartenenti al fondo di cui ha l' usufrutto, e può finalmente cedere altrui il suo dritto a titolo gratuito, o oneroso e maggiormente dell' inaffitto secondo le regole stabilite pe' beni

* Posseno pure gl' istitutori dei maioraschi gravare la rendita dei beni che li compongono di vitalizii in favore dei coniugi, dei figli e di altri parenti. Ma questi vitalizii non potranno però ridurre la rendita del maiorasco al di sotto di quella fissata per lo minimo, vale a dire al di sotto di ducati 2 mila (art. 12 delle leggi).

* L' istituito e con esso qualunque possessore ha pure il diritto di promettere alla moglie nel contratto matrimoniale la sopravvivenza anche sui beni del maiorasco in mancanza dei beni liberi; ma in questo caso esso non può esser gravato oltre il sesto della rendita al quale deve il successore adempire (art. 963).

* Dai diritti passando ai doveri, l' unico di essi rapporto all' istitutore di un maiorasco, è quello del riguardo dovuto agli altri suoi figli. È perciò che la legge prescrive non poter questa istituzione eccedere la quota disponibile dell' istitutore (art. 955) ; e nel caso che i beni non si trovassero sufficienti alla morte dell' istitutore per la intera porzione legittima dei figli, piuttosto rimanga disciolto il maiorasco (artic. 958).

* Molti sono i doveri dell' istituito; e primeggia tra essi quello di conservare i beni al maiorasco sottoposti; quindi gli è proibito sotto pena di nullità qualunque vendita, permuta, alienazione di essi, nè il gravarli d' ipoteche fuori i casi di necessità o di utilità, e colle forme prescritte dalla legge (art. 958) : gli è ordinato di pagare le spese per le ricostruzioni o riparazioni di edifizii inservienti a fondi, canali o qualunque opera di simil natura fatta nei fondi del maiorasco; soddisfare le spese giudiziali, le funerali, quelle dell'ultima infermità, i salarii delle persone di servizio anche per l'ultimo semestre, e le somministrazioni di sussistenze fatte nel corso dell'anno. Quali pagamenti, tutto che forzosi, non possono soddisfarsi che sino alla concorrenza di una annata di rendita nel corso di due anni , salvo il regresso contro i beni liberi (art. 960).

* Altro dovere gl' incombe per i suoi fratelli secondogeniti che non avessero beni di loro pertinenza onde vivere con decoro ; ad una pensione alimentaria sulla rendita del maiorasco l' obbliga la legge, da definirsi secondo le circostanze , ma sempre in una quantità minore della rendita corrispondente alla quota che sarebbe spettata ai detti secondogeniti sui beni del maiorasco, se fosse-

de' minori. Viceversa è obbligato a far uno stato degli immobili soggetti all' usufrutto; usufruirne da buon padre di famiglia, e quindi rispondere degli abusi provenienti da lui non meno che di quelli a' quali ha dato luogo la sua negligenza; soddisfare i carichi annuali del fondo come pesi de' frutti, fare le riparazioni ordinarie, e le straordinarie qualora sieno l'effetto dell' ineseguimento dell' ordinarie, e finalmente godere come godeva il proprietario, vale a dire senza cambiare la forma dell' oggetto, nè applicarlo ad uso diverso da quello cui è destinato.

ro stati liberi (art. 691).

* Ultimo sacrosanto dovere di ogni possessore di maiorasco è quello di dotare le sue figlie femmine sui beni a questa istituzione sottoposti, in mancanza di altri. La legge non definisce la somma, ma si comprende ch'essa debb'essere stabilita dal magistrato in una quantità minore sempre della quota che ad esse spettata sarebbe sui beni suddetti qualora fossero stati liberi: stabilisce però il modo del pagamento, onde il possessore non rimanga egli senza quella decente sussistenza corrispondente alla nobiltà del nome che sostiene: ordina dunque che la dote suddetta sia dedotta dalle rendite del maiorasco in tante rate eguali da non eccedere lo spazio di dieci anni (art. 962).

* 4. *Delle solennità richieste in questa istituzione.*

* Eccoci all'ultima delle promesse indicazioni, *le solennità* di questa istituzione. Poche, utili, essenziali sono le forme richieste dall'ultimo regolamento del 5 agosto 1818.

* Stabilito per principio che i maioraschi non possano costituirsi senza la reale approvazione conviene:

* 1. Che la domanda sia per mezzo del segretario di Stato di casa reale (presentemente dal Ministro di grazia e giustizia) presentata a S. M.

* 2. Che tal domanda indichi la persona dalla quale debba incominciare il maiorasco, i beni che vi si vogliono assoggettare, la rendita di essa giustificata come sopra dicemmo nel penultimo paragrafo della precedente sezione.

* 3. Che queste carte siano rimesse dal Re per esame a quella autorità che gli piacerà destinare a questo oggetto; presentemente ai rispettivi Procuratori generali delle Corti Supreme di Napoli e di Palermo.

* 4. Che questa domanda coll'indicazione precisa dei beni sia inserita nei giornali, ed affissone l'annunzio nella cancelleria del tribunale della provincia ove esistono i beni.

* 5. Che dopo un mese se ne faccia la trascrizione nell'ufficio della conservazione delle ipoteche del luogo dove essi beni sono situati, acciò dopo quindici giorni siano inalienabili, nè ad ipoteche o privilegio qualunque soggetti per un anno.

* 6. Che si pratichino le indagini per verificare le ipoteche legali, e liberarle da esse, e per far rimanere salva la quota di riserva.

* 7. Che tutte queste carte col parere della Consulta di Stato sian rimesse al Re.

* 8. Che approvandosi dal medesimo, se ne stipuli fra due mesi un atto autentico per pubblico notaio, in cui si contenga la istituzione del maiorasco colla reale approvazione, e fra due altri mesi sia trascritto. Questi due termini son di rigore in modo che mancandosi nell'uno, o nell'altro, il maiorasco si ha per non fatto.

* 9. Queste stesse formalità necessarie nell'istituzione han luogo pure nei casi di surroga dei

beni al maiorasco gli costituito.

* 10. Finalmente prevedendosi il caso che non piacesse al Re di approvare la istituzione, o la surroga suddetta, vien disposto che la domanda e i documenti sieno restituiti agl' interessati, e che se ne dia parte ai conservatori delle ipoteche, onde la già seguita trascrizione sia cancellata.

620. Delle sostituzioni permesse dalle leggi civili (1).

* 1. Della sostituzione pupillare (2).

(2) Gli art. 1003 e 1004 sono stati adottati in conseguenza di una discussione che era surta nel seno del consiglio di Stato sulla quistione di sapersi, se convenisse di ristabilirsi l'antica diredazione officiosa. Questa circostanza spiega le restrizioni che il legislatore ha creduto di dovere apportare alla facoltà di sostituire, ammessa per eccezione da siffatti articoli. Confr. Locrè, *Legisl.*, XI, p. 105 e seg., n. 10 ed 11; p. 109 e seg., n. 12 a 18; Merlin, *Rep.*, v. diredazione §§ 7 ed 8. Gli articoli 1009 a 1030, i quali hanno per oggetto il regolare gli effetti delle disposizioni permesse dagli art. 1003 e 1004, sono stati, salva qualche modificazione, tolti a prestito dalla ordinanza del 1747.

* (1) *Diritto Romano.*— Siccome gl' impuberi, comunque fossero padri di famiglia, non potevano far testamento attesa l'infermità del giudizio loro § 1 *instit. quib non est permiss. fac. testam.*, *l. 5*, *l. 19 ff qui testam fac. poss.*, *l. 4 Cod. de testam. milit.*, così le leggi vennero in loro soccorso, e permisero ai loro padri ed agli ascendenti paterni di poter far testamento per i loro figli e discendenti esistenti sotto la loro potestà, onde così potessero riparare al disonore che gli stessi figli e discendenti avrebbero incontrato se mai fossero rimasti senza eredi. Questo modo pertanto di far testamento, il quale chiamossi *sostituzione pupillare*, era una sostituzione fatta ai figli impuberi, i quali esistevano sotto la podestà del testatore e non erano per ricadere dopo la di lui morte sotto la podestà di alcun altro, la quale aveva luogo nel caso che gli stessi impuberi fossero morti prima di giugnere alla pubertà. *l. 2 pr.*, *l. 7*, *l. 31 l. 41 § 2 de vulg. et pupill. substit.*, *l. 8 Cod. de impub. et aliis subst.*

* Da questa definizione si comprende che non potevano sostituire *pupillarmente* se non coloro che avevano il diritto di patria podestà. Per conseguenza la madre, e tutti gli ascendenti materni i quali non avevano tale podestà, non potevano fare sostituzioni *pupillari*, *princ. instit. de pupill. substit.* Non è contrario a ciò, la *l. 33 ff de vulgar. et pupill. subst.*, ove si dice che una madre fece una sostituzione al figlio suo *in pupillaribus tabulis*, mentre si comprende chiaramente che ivi trattò il giureconsulto Africano di una sostituzione *volgare*, perchè soggiunse « *si sibi haeres non erit, alium substituat* » le quali espressioni convenivano alla sostituzione *volgare*, la quale era permessa alla madre, come abbiam veduto parlando di tale sostituzione.

* Siccome adunque il fondamento della sostituzione *pupillare* era la patria podestà, così derivava da ciò che si poteva sostituire non solo ai figli naturali e legittimi insieme, ma eziandio ai legittimi soltanto: ond' è che il padre arrogatore poteva sostituire *pupillarmente* al figlio arrogato non solo nella quarta dei beni, che per disposizione di Antonino Pio era dovuta ai figli impuberi arrogati, ma eziandio in tutti gli altri beni che il padre lasciava al figlio

* Il padre e la madre e gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle, possono sostituire ad un minore di anni di-

oltre la suddetta quarta *l. 10 § 6 ff de vul. et pupill. subst.* E sebbene Ulpiano nella *l. 22 § 1 ff de adopt. et emancipat.*, dicesse che il padre arrogatore non poteva sostituire *pupillarmente* « *nisi forte ad quartam solam quam ex bonis ejus consequitur* ». si deve tuttavia credere che egli intendesse di dire con ciò che il padre arrogatore non poteva fare una sostituzione ne' beni proprii del figlio arrogato, sia perchè tali beni spettavano ai parenti dell' arrogato nel caso che fosse morto prima della pubertà, sia perchè ancora lo stesso giureconsulto Ulpiano sarebbe stato in aperta contraddizione con se medesimo se avesse inteso di restringere il diritto di sostituire solamente nella quarta fissata da Antonino Pio, mentre nella *l. 10 § 6 ff de vul. et pup. substit.*, disse chiaramente che il padre arrogatore poteva sostituire non solo nella quarta di Antonino Pio, ma eziandio in tutti gli altri beni, che pervenivano all' arrogato direttamente dall' arrogatore, o per di lui occasione « *Ego etiam amplius puto et si quid beneficio adrogatoris adquisiit, et haec substitutum posse habere* ».

* Dallo stesso principio, che la patria podestà era il fondamento della sostituzione *pupillare*, derivava eziandio che si poteva sostituire non solamente a' figli instituiti eredi, ma ancora ai diredati; avvegnacchè la diredazione non scioglieva il vincolo della patria podestà *§ 4 inst. de pupill. subst.*, *l. 1 § pen.*, *l. 10 § 5 ff de vulg. et pup. subst.*, *junct. l. 20 ff de bonor. poss. contr. tab.*

* Potevasi sostituire non solo ai figli ma eziandio ai nipoti e a tutti gli altri discendenti, purchè non fossero per ricadere nella podestà di alcuno dopo la morte del testatore. Che se questi avevano vivo il loro padre, potevasi nondimeno ai medesimi sostituire nel caso che il loro padre fosse premorto al testatore, imperciocchè siccome allora eglino avrebbero dovuto essere instituiti eredi, oppure diredati in luogo del loro genitore per la legge *Giulia Velleja*, *l. 29 § 11, 12 ff de lib. et posth.*, così per la stessa legge si poteva ai medesimi sostituire quando fossero instituiti, o diredati *l. 2 pr. ff de vul. et pupill. substit.*

* Ma sebbene si potesse sostituire ai figli diredati, non si poteva però fare lo stesso riguardo ai preteriti, i quali annullavano il testamento, e quindi ancora la sostituzione *pupillare*. *§ 5 inst. de pupill. subst.*, *l. 2 princ. ff de vulg. et pupill. subst.* Che se fossero stati preteriti nel primo grado, e diredati nel secondo, l' instituzione di primo grado non era di alcun valore, ed il testamento incominciava a prendere forza dal secondo grado, e quindi valeva la sostituzione fatta in questo secondo grado ad un figlio diredato: come per esempio se *Lucio Tizio*, avendo figli sotto la sua podestà, avesse instituita la propria moglie erede, ed avesse a quella sostituito i suoi figli, non valeva l' instituzione della moglie, e si riputavano eredi i figli, perchè essi in questo caso infirmavano non tutto il testamento, ma solamente il primo grado d' instituzione nel quale erano stati preteriti. Ma se il testatore avesse sostituito alla moglie sua una qualche persona, e avesse diredato i figli in questo secondo grado d' instituzione, indi fosse passato a sostituire qualcuno ai figli diredati in secondo grado, allora il primo grado d' instituzione era nullo, ed aveva forza il secondo dal quale cominciava il testamento, e valeva perciò la sostituzione *l. 43 § 2 ff de vulg. et pupill.* . *junct.*

ciotto, nel caso che questi muo- ia senza figli prima di compiere

l. 3 § ultim. ff de lib. et posth. Questa regola però non aveva luogo nei postumi preteriti nel primo, e diredati nel secondo grado, mentre essi rompevano tutto il testamento, e quindi cadeva la sostituzione pupillare *l. 5 in fin. ff de injust. rupt. irrit. test.*

* La sostituzione *pupillare* si divideva in *espressa* ed in *tacita*. Allorquando un ascendente prevedendo il caso che un suo discendente morisse in età pupillare, chiamava alla successione del medesimo una qualche persona, questa vocazione chiamavasi sostituzione *pupillare espressa*. Se l'ascendente prevedendo che il di lui discendente non sarebbe stato suo erede o perchè non avesse potuto, o perchè non avesse voluto esserlo, chiamava una qualche persona in di lui luogo, questa vocazione dicevasi sostituzione *volgare espressa*, la quale si estendeva eziandio al caso in cui il discendente fosse stato erede ma fosse morto in età pupillare, e questa estensione chiamavasi *pupillare tacita*, la quale era contenuta nella *volgare espressa l. 2 § pen., l. 4 ff de vulg. et pup., l. 4, Cod. de impub. et ali. sub.*

* Questa *tacita pupillare* sostituzione non si conteneva nella *volgare espressa* allorquando quest' ultima era stata ordinata da un militare, o quando ostava la volontà del testatore *l. 8 Cod. de impub. et aliis subst., l. 4 Cod. eod., § 3 inst. de pup. subst.* Neppure si conteneva nella *volgare espressa* ordinata reciprocamente fra eredi, alcuni dei quali, o fossero giunti alla pubertà, o fossero sotto la podestà del testatore *l. 4 § 2 l. 45 ff de vulg. et pupill., l. 2, l. 4 Cod. de impub. et aliis subst., l. 6 Cod. de test. milit.* Dippiù Giustiniano con una sua costituzione dispose che non dovesse aver luogo quando trattavasi di escludere la madre dalla eredità del figlio morto in età pupillare, cui dal di lui padre fosse stata sostituita volgarmente una qualche persona *l. ult. Cod. de inst. et subst., junct. l. 15 ff de inoff. test.*

* La sostituzione *pupillare* in quanto alle formalità estrinseche era un solo testamento; in quanto alle intrinseche era un duplice testamento; imperciocchè era necessario che il padre facesse prima il suo testamento, e poscia quello del figlio, cosicchè se cambiava ordine, e avesse fatto prima quello del figlio, di poi il suo, la sostituzione era di niun valore, semprecchè peraltro non avesse fatto ciò in una stessa parte del discorso, come se avesse detto « *Se mio figlio non sarà mio erede, Sejo sia erede: mio figlio sia erede* », mentre in questo caso non si teneva conto dell' ordine della scrittura, ma di quello della successione *§ 2 et 5 inst. de pupill. subst., l. 1 § ultim., l. 2 § 1, 4, 5, 6 l. 16 § 1, l. 50 § 1 ff de vulg. et pupill., arg. l. 28 ff de haered. instit.*

* Allorquando si faceva luogo alla sostituzione, il sostituito succedeva in tutti i beni provenienti dal testatore, ed ancora negli avventizii che l' impubere possedeva onde non avesse a morire parte testato e parte intestato *princ. instit. de pup. subst., l. 10 § 5, l. 15 ff de vulg. et pup. subst., l. 7 ff de reg. jur. § 5 instit. de haered. instit;* escludeva tutti i parenti dell' impubere e per fino la madre la quale rigorosamente non poteva neppure chiedere la porzione legittima *l. 8 § 5 ff de inoff. testam.*, sebbene però in pratica si usasse di darle una tale porzione sui beni avventizii per argomento della *l. 30, l. 32 Cod. de inoff. testam.*

* Non poteva il sostituito separare l'eredità dell'impubere da quella del

gli anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni nei padre onde accettare l' una e ripudiare l' altra; ma doveva accettarle tutte e due perchè avevano già incominciato ad essere una sola *l. 10 § 2 et 3 ff de vulg. et pupill.*, *l. 59 ff de adq. vel om. haered.*. *l. 28 in med. ff de reb. auct. jud. poss.*, salvo ciò che si dispone nella *l. 42 ff de adq. vel om. haered.*, *l. 12 ff de vulg. et pupill.*

* La sostituzione veniva a mancare se l' impubere al tempo della morte del sostituente non era più sotto la di lui podestà *l. 2 prin.*, *l. 41 § 2 ff de vulg. et pupill.* se il testamento era nullo: imperciocchè la sostituzione pupillare veniva in sequela del testamento paterno *§ 5 instit. substit.*, *l. 2 princ. ff de vulg. et pupill.*; non così se veniva rescisso, perchè allora sussisteva in tutte le sue parti fuori dell' instituzione dell' erede *nov. 115 cap. 3 in fin.* Neppure cessava la sostituzione se il testamento veniva sorrertito dall' editto pretorio *de bonorum possessione contra tabulas*, *l. 34 § ultim.*, *l. 35 ff de vulg. et pupill.*, perchè in quel caso erano doruti i legati lasciati dal sostituente ai suoi congiunti come dal titolo *de legat. praest. contra tab. bon. poss. petit.*

* Svaniva la sostituzione *pupillare* quando l' instituito giugneva alla pubertà *princ. et § 8 instit. de pupill. substit.*, *l. 14 ff de vulg. et pupill.*, oppure se scorreva il tempo dal testatore prefisso, il quale però non poteva oltrepassare la pubertà *l. 21, junct. l. 14 ff de vulg. et pupill.*, *l. 7 ff eod.*, salva l' eccezione fatta in favore dei militari, i quali potevano determinare un tempo maggiore della pubertà, mentre allora diveniva sostituzione fedecommessaria *l. 8 Cod. de impub. et aliis subst.*, *l. 15 ff de vulg. et pupill.* Dopo aver parlato della sostituzione *pupillare*, cade qui in acconcio dir qualche cosa della sostituzione *esemplare* e della *militare*.

* La sostituzione *esemplare* introdotta dall' umanità, ebbe per autore Giustiniano. Egli permise ai genitori nel caso che i loro figli puberi furiosi, dementi, o pazzi fossero stati loro eredi, di poter chiamare all' eredità dei medesimi una qualche persona la quale succedesse loro quante volte fossero morti durante il furore, la demenza o la pazzia *l. 9 Cod. de impub. et aliis subst.* Giustiniano non fece parola in della legge dei muti e sordi; pure non si vede una ragione per cui la sua costituzione non si debba estendere eziandio a costoro qualora non siano capaci di scrivere il loro testamento, specialmente perchè, secondo il diritto antico, i genitori potevano sostituire al sordo e muto, ed al furioso *l. 43 princ. ff de vulg. et pupill.* I prodighi vi sono implicitamente compresi, perchè le leggi romane li assomigliavano ai furiosi *l. 40 ff de reg. jur.* *l. 12 § ultim. ff de tut. et curat. dat.*, *l. 15 in fin. ff de curat. furios.*, *l. 19 § ult.*, *l. 20*, *l. 21 ff de reb. auct. jud. possiden.*

* Il fondamento di questa sostituzione era non già la patria podestà, come nella *pupillare*, ma bensì l' amore; ond' è che poterono sostituire il padre e la madre, e tutti gli altri ascendenti purchè avessero instituiti eredi i loro figli e discendenti almeno nella legittima porzione; ma non se li avessero diredati *§ 1 instit. de pupill. substit.*, *l. 9 Cod. de impub. et aliis substit.* Che se i figli e discendenti fossero stati furiosi, pazzi, o dementi, ma però costituiti in età pupillare, allora non si poteva loro sostituire *esemplarmente*, ma *pupillarmente* e quindi da coloro che avevano su di essi la patria podestà *arg. l. 3 § 1 ff de tut.*

quali il minore sia stato lasciato erede (1). Art. 945.

2. Delle persone che godono della facoltà di sostituire; di quel-

* Potevasi sostituire *esemplarmente* non solo ai figli naturali e legittimi insieme, ma ancora ai legittimi soltanto, come sarebbero gli arrogati *arg. l. 10 § 6 ff de vulg. et pupill., l. 22 § 1 ff de adopt.* In quanto ai figli naturali, siccome i medesimi non erano eredi del padre, così sembra che debbasi conchiudere che egli non potesse ad essi sostituire; non così riguardo alla madre, perchè essi alla medesima succedevano come i figli legittimi, e potevano dire inefficioso il di lei testamento *l. pen. Cod. ad S. C. Orph., l. 29 § 1 ff de inoff. testam.*

* Non era in arbitrio dei genitori di sostituire ai loro figli qualunque persona, ma dovevano prima sostituire i figli e discendenti dei furiosi, pazzi, ec., in mancanza di figli i loro fratelli e sorelle, e non essendovi nè gli uni, nè le altre, chi più loro piaceva *d. l. 9 Cod. de impub. et aliis subst.*

* Cessava questa sostituzione al terminare di quel vizio di corpo o di mente che vi aveva dato luogo, e perciò nei demente,nei furioso e nei pazzo quando avevano deposto la demenza, il furore, la pazzia; nel prodigo quando gli era stata restituita l' amministrazione de' suoi beni, nei sordo e muto, quando aveva acquistato l' uso dei sensi *l. 9 Cod. de impub. et aliis substit.*

* La sostituzione *militare* la quale chiamavasi altresì *privilegiata* era quella per la quale un militare non solo ai suoi figli, ma eziandio agli estranei instituiti eredi, poteva sostituire nel caso che fossero stati di lui eredi, e fossero morti in qualunque età prefinita da lui medesimo. Questa sostituzione dava il diritto al sostituito di conseguire i beni che provenivano soltanto dal testatore, e ciò quasi per ragione di fedecommesso *l. 15 ff de vulg. et pupill., l. 6 in fin. Cod. de test. milit., l. 41 § 4 ff eod., junct. l. 8 Cod. de impub. et aliis subst., l. 41 § 3 de vulg. et pupill.*

** (1) Quest' articolo manca in Francia e può riguardarsi come un'eccezione agli art. 941 e 942, poichè stabilisce una specie di sostituzione fedecommessaria onde assicurare in famiglia un asse, che l'arbitrio di un minore di anni diciotto potrebbe dissipare; ma che non si dee confondere coll'antica sostituzione pupillare abolita dalla legislazione francese e dalla nostra. Sono in fatti essenziali le differenze tra l'una e l'altra. La pupillare poggiava tutta sulla patria potestà in modo che veniva alla madre vietato di farla; questa si fonda sulla parentela, per cui è lecito il farla alla madre, agli zii, zie, fratelli e sorelle; quella non riguardava che il figlio nel caso che morisse in età pupillare, questa si estende anche ai minori che non han compito il loro diciottesimo anno; quella non era limitata da alcuna condizione di beni, questa non può aver luogo che ne' soli beni ne' quali siasi il minore instituito erede.

* A molte quistioni può dar luogo la redazione di questo articolo. Il minore cui siasi sostituito una terza persona può egli, secondo l'articolo 820, disporre della metà dei beni dei quali sia stato fatto erede, ma ne' quali gli è nominato un sostituito? Gli autori de' Comentarii alle nostre Leggi sono dalla parte affermativa, e sostengono che solo l'altra metà è soggetta alla sostituzione fedecommessaria. Ma la legge noi dice; e non vi è alcun motivo per interpetrarla diversamente. Può il minore giunto all'età di sedici anni disporre della metà dei beni liberi, non di quelli gravati di

le in favor delle quali è permesso di sostituire; degli atti con cui una sostituzione può essere stabilita; de' beni che sono suscettivi di formarne l'oggetto.

Gli art. 1003 e 1004 autorizzano, da una parte, i padri e le madri a fare in favore di uno o più dei loro figli, e, da un'altra parte, i fratelli e le sorelle che muoiano senza figli, a fare in favore di uno o più dei loro fratelli e sorelle, donazioni o legati, col peso di conservare i beni donati o legati, per restituirli a tutti i loro figli nati e da nascere nel primo grado soltanto (1).

Siccome le disposizioni di questi articoli racchiudono delle eccezioni al divieto generale delle sostituzioni contenuto negli articoli 941, 942 e 943, così esse debbono essere interpretate ristrettamente. Da ciò risultano le conseguenze seguenti:

1) La facoltà di sostituire non appartiene nè agli ascendenti diversi da' padri e dalle madri, nè ai collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle. L'avo o uno zio non

una sostituzione fedecommessaria, come è quella stabilita in questo articolo.

* **Il padre e la madre possono sostituire una *terza persona* al morto senza prole prima del suo diciottesimo anno compiuto? Secondo quest'articolo lo potrebbero, ma pure che venga vietato dall'articolo 1003 il quale restringe loro la facoltà di disporre o donare coll'obbligo della restituzione ad altri che *ai figli nati e da nascere nel primo grado soltanto de' detti donatarii.***

** Sarà lo stesso pel fratello al quale l'art. 1004 limita pure tal facoltà ***coll'obbligo di restituirli ai figli nati e da nascere, nel primo grado solamente, de' suoi fratelli e sorelle donatarie?***

* Sarà cura dei magistrati il concordare queste disposizioni seguendo lo spirito della legge, la quale nell'art. 945 avendo fatta un'eccezione al principio generale proibitivo delle sostituzioni fedecommessarie, indica doversi nel più ristretto senso applicare.

(1) I compilatori del Codice civile hanno evitato di applicare alle disposizioni di cui si occupano gli articoli 1003 e seguenti la qualificazione di *sostituzioni;* e siccome gli art. 1003 e 1004 parlano solamente del peso di restituire, e non di quello di *conservare e restituire*, si potrebbe a prima giunta essere indotto a credere che questi articoli non autorizzino lo stabilimento di vere sostituzioni. Confr. artic. 941, 942 e 943. Ma gli artic. 1011 e seguenti, i quali hanno per oggetto la assicurare la conservazione de' beni donati o legati con peso di restituzione, e l'art. 897 francese, comb. coll'articolo 896 (941, 942 e 943) dimostrano fino alla evidenza che appunto di sostituzioni propriamente delle si tratta negli art. 1003 e seguenti.

(La clausola di un testamento così concepita: « Io voglio ed ordino che la mia successione sia divisa a porzioni uguali tra' miei figliuoli che saranno in vita nel tempo della mia morte; eccettochè voglio che Anna Maria Crama, moglie di Stas, goda solamente in usufrutto la detta porzione, per restituirla in proprietà ai suoi figliuoli che saranno viventi nel tempo della sua morte », costituisce una sostituzione preveduta dall'art. 1003 del Codice civile, e nulla per mancanza di trascrizione. Art. 1003 e 1026 del Codice civile. Liegi, 24 febbraio 1845. Ved. Dalloz, t. XXV, v. Sostituzione, sez. II.)

potrebbe apporre il peso di conservare e di restituire ad una disposizione fatta in favore di uno dei suoi nipoti da figlio o da figlia, o dei suoi nipoti da fratello o da sorella, anche quando il padre o la madre del donatario o legatario essendo premorti, costui si trovasse personalmente chiamato alla successione del suo avo o del suo zio (1).

2) La sostituzione fatta in favore dei figli di un fratello o di una sorella è nulla, allorchè il disponente lasci figli. Ma, l'esistenza di figli nel momento della formazione della sostituzione, non influisce sulla sua validità, quando questi figli sieno morti prima del disponente. Del resto, se una sostituzione a vantaggio dei figli di un fratello o di una sorella fosse stata fatta con atto tra vivi ed in un'epoca in cui il donante non aveva figli, la sostituzione sarebbe, come ogni donazione, rivocata di pieno dritto, per la sopravvegnenza di figli, e non rivivrebbe per la sola ragione che questi figli morissero prima del donante, loro padre (2).

3) Il peso di conservare e di restituire non può essere imposto al donatario o legatario in primo ordine, salvochè a vantaggio dei suoi propri figli. Se fosse stabilito ad un tempo stesso a favore dei figli del gravato ed a favore dei figli di un terzo, la sostituzione sarebbe nulla (3).

4) Il peso di conservare e di restituire non può essere stabilito che a favore di tutti i figli nati e da nascere dal gravato, senza distinzione d'età o di sesso. Artic. 1006. Nondimeno, non è necessario che il disponente abbia fatto uso, per indicare i chiamati, delle stesse parole dell'art. 1006. È bastevole che risulti chiaramente dal complesso della disposizione, che egli non abbia inteso di escludere alcuno dei figli del gravato dal beneficio della sostituzione (4). Una disposizione con cui al gravato fosse stato in-

(1) Il tribunato aveva proposto di compilare l'art. 1003 nel modo seguente: « I beni di cui il padre, la madre ed *altri ascendenti*, ec., potranno essere donati ad uno o più dei loro figliuoli o *discendenti successibili* ». Confr. Locré, *Legisl.*, t. XI, p. 329, n. 67. Siffatta proposta non avendo avuto sfogo, è questo un motivo di più da attenersi strettamente alle parole dell'articolo 1003. Nondimeno, Duranton (IX, 525) opina che l'avolo, disponendo in favore di uno dei suoi nipoti di cui il padre o la madre fosse morto, lo potesse gravare di restituire i beni ai suoi propri figliuoli. Ma, se le ragioni che egli fa valere fossero concludenti, sarebbe mestieri di ammettere ugualmente che lo zio o la zia, disponendo in favore di uno de' loro nipoti, di cui il padre o la madre fosse trapassato, potessero gravarlo di restituzione a vantaggio de' suoi figliuoli, loro pronipoti; e noi non crediamo che sia possibile di adottare questa soluzione a fronte delle espressioni dell'art. 1004.

(2) Grenier, I, 360. Duranton, IX, 528. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 797.

(3) Civ. cass., 27 giugno 1841, Sir., XI, 1, 346.

(4) Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. V, § 1, n. 3. Ric. rig., 31 marzo 1807, Sir., VII,

giunto il peso di restituire i beni ai *suoi eredi*, potrebbe, secondo le circostanze, essere conservata come fatta a favore dei *suoi figli* (1).

5) Il peso di conservare e di restituire non può essere stabilito che in favore dei figli nati e da nascere nel primo grado soltanto. Adunque, quegli il quale abbia un figlio o un fratello i cui figli sieno premorti, lasciando essi stessi dei figli, non può imporre al suo figlio o a suo fratello il peso di restituire i beni donati ai loro pronipoti (2).

Allorchè il peso di restituire, apposto ad una donazione o ad un legato, sia nullo, o perchè si estenda al di là di un grado o perchè si allontani dalle altre condizioni indicate negli ar-

1, 123. Brusselles, 14 luglio 1808, Sir., IX, 2, 7.

(1) Confr. Ric. rig., 3 febbr. 1835, Sir., XXXV. 1, 87.

(2) Nondimeno Duranton (IX, 526) ammette la validità di una sostituzione colla quale un padre avesse gravato il suo figliuolo, i cui figli fossero premorti, lasciando ancor essi de' figliuoli, di restituire i beni a questi ultimi. Per giustificare siffatta opinione, Duranton dice che per queste parole: « figli nati e da nascere, nel primo grado soltanto », bisogni intendere i *figliuoli del grado più prossimo*. Ma questa interpretazione, la quale tende evidentemente ad estendere la disposizione dell'art. 1003 ad un caso in cui essa non si applica letteralmente, non ci sembra che possa essere ammessa per quanto ragionevole essa sia in sè medesima. L'articolo 1003 stabilisce un' eccezione alla regola degli art. 941, 942 e 943, e le eccezioni sono *strictissimae interpretationis*.

* Troplong così soggiunge:

* « Queste espressioni nel nostro articolo: « nel primo grado soltanto » sonosi variamente interpretate.

* » Ei non è da credere, con Delvincourt che le parole « nel primo grado » significhino nel primo grado di sostituzione, con un sol grado di sostituzione, qualunque sia, del resto, fra' chiamati il grado di parentela. Le parole « nel primo grado de' donatari » indicano, trattarsi d'un grado di parentela e non già d'un grado di sostituzione.

* » Nè sarebbe minore l'abbaglio di chi pretendesse, con taluni autori che il primo grado di parentela sia qui il grado più prossimo, vale a dire quello cui niun altro precede. Qual sarebbe infatti la conseguenza di questa opinione? Che il figlio gratificato, il quale ha perduto il suo unico figliuolo ed ha de' nipoti, potrebbe esser incaricato di restituire a questi ultimi i beni donati, i quali, essendo rimpetto a lui nel grado più prossimo, si trovano siffattamente nel primo grado. Ei ne risulterebbe che i nipoti nel secondo o anche nel terzo grado potrebbero così esser chiamati a profittar della sostituzione.

* » Basta enunciar siffatti risultati e combinarli col nostro testo per iscorgerne la illegittimità. Il senso naturale delle parole *nel primo grado* e *alla prima generazione*. E di fermo i figli nati o nasciturì nel primo grado del donatario non son eglino per rispetto a questo donatario i figli della prima generazione? Ciò che, del rimanente, fa sparire a questo proposito l'ultima ombra di dubbio è il significato non equivoco che l'articolo 1051 (1007) dà alle parole *primo grado*, quando oppone i figli del primo grado a' discendenti d'un figlio premorto.

ticoli 1003 e 1004. la nullità di questo peso trae seco quella della disposizione in primo ordine(1). Del rimanente, se una sostituzione non sia infetta di nullità che per una parte dei beni i quali ne formano l'oggetto, essa sussiste pel dippiù di questi beni. A maggior ragione, la nullità di una sostituzione non trascina la nullità delle altre sostituzioni racchiuse nello stesso atto.

Le sostituzioni possono comprendere ogni specie di beni mobili o immobili, corporali o incorporali. Del resto, il donante o il testatore non è autorizzato a gravare di restituzione che la quota di beni della quale egli abbia la facoltà di disporre. Art. 1003 e 1004. Se il peso della restituzione colpisse una porzione di beni eccedente questa quota, la disposizione non sarebbe nulla in totalità; ma il donatario o il legatario, erede di riserva, avrebbe soltanto il dritto di chiedere che la sua riserva fosse detratta e liberata da tale peso. Inoltre ei non potrebbe più esercitar questo dritto, se vi avesse rinunziato, o si trovasse da esso decaduto. Ma l'accettazione di una donazione tra vivi fatta sotto la condizione che i beni compresi in una precedente donazione saranno gravati di restituzione, non impedirebbe al donatario di far valere la sua riserva sopra questi beni (2).

Le sostituzioni possono essere fatte a titolo universale o particolare, per atti tra vivi o di ultima volontà. Gli atti che le contengono debbono essere rivestiti delle formalità prescritte per le donazioni tra vivi o pei testamenti. Le sostituzioni fatte per donazione tra vivi non possono, in generale, avere per oggetto che beni presenti (3), e non divengono efficaci che mediante l'accettazione espressa dei gravati (4). Del rimanente, quest'accettazione le rende perfette riguardo a' chiamati, indipendentemente da ogni accettazione da parte di questi ultimi, e il donante non può più

(1) Arg. artic. 1003, 1004, comb. art. 943, comma 2. Non per tanto, Toullier V, 729 opina che il peso di restituire, stabilito a vantaggio di tutti i figliuoli nel primo grado del donatario o del legatario, fosse stato, con una seconda sostituzione, esteso a' pronipoti, quest'ultima sarebbe solamente nulla, e che la disposizione principale avrebbe il suo effetto non con la sostituzione, in vantaggio de' figli del primo grado. Egli invoca in appoggio della sua opinione la massima: *Utile per inutile non vitiatur*; ma questa massima è evidentemente inadattabile in materia di sostituzione.

(2) Grenier, I, 364, e Toullier V, insegnano il contrario. Ma la loro opinione, fondata sulla supposizione che un erede di riserva possa rinunziare alla sua riserva prima dell'apertura della successione, è evidentemente contraria alla disposizione degli art. 708 e 1084.

(3) Le sostituzioni fatte per contratto di matrimonio possono versare sopra beni futuri. Articoli 708 e 1084.

(4) Confr. nondimeno per quanto concerne le sostituzioni fatte per contratto di matrimonio art. 1082.

per l'avvenire rivocarle, neppure col consenso dei gravati (1).

Una donazione pura e semplice a favore di un figlio, di un fratello o di una sorella, è suscettiva di esser convertita in sostituzione per mezzo di una novella liberalità tra vivi o testamentaria (2) fatta dal donante al donatario (3), sotto la condizione che i beni precedentemente donati saranno gravati di restituzione (4). Il donatario che avesse accettato questa novella liberalità non sarebbe più ammesso a rinunziarvi per attenersi alla prima, quando anche egli offrisse di restituire i beni compresi nella seconda disposizione. Nondimeno, la conversione in sostituzione di una donazione fatta da principio senza peso di restituzione, non può recare onta veruna a' dritti che il donatario avesse, prima dell'accettazione della nuova liberalità, conferiti ai terzi sopra cose comprese in tale donazione (5). Art. 1008.

L'autore di una sostituzione è autorizzato a fissare l'epoca della restituzione ed a regolarne il modo e le condizioni. Egli può soprattutto disporre che i beni verranno restituiti, allorchè il gravato lo stimerà conveniente. Questa clausola renderebbe i creditori del gravato non ammessibili ad impugnare la restituzione fatta da costui, come quella che avesse luogo con anticipazione ed in frode dei loro dritti (6).

2. Dei provvedimenti prescrit-

(1) Toullier, V, 737. Grenier, 1, 362. Duranton, IX, 550. Vedi in senso contrario: Delvincourt, II, 403. Gli art. 11 e 12 dell'ordinanza del 1747 avevano formalmente interdetta ogni rivocazione o modificazione, anche col consenso del donatario, delle sostituzioni fatte per contratto di matrimonio o con donazione tra vivi, senza esigere l'accettazione dei chiamati come una condizione della loro irrevocabilità. Or non si può ammettere che i compilatori del Codice civile abbiano voluto allontanarsi da questo principio, il quale dipende dalla natura stessa delle sostituzioni, in quantochè simiglianti disposizioni possono esser fatte anche in favore di figliuoli da nascere, in nome de' quali niuno potrebbe accettarle.

(2) Il peso della restituzione non può essere imposto al donatario, neppure col suo consenso, se non per mezzo e come condizione di una nuova liberalità a lui fatta. Ordinanza del 1747, art. 13, comb. art. 16. Delvincourt, sull'art. 1008. Duranton, IX, 554.

(3) Il peso della restituzione non potrebbe essere stabilito da una persona diversa dal donante. Se fosse annesso ad una liberalità fatta al donatario da un terzo dovrebb' essere reputato non iscritto, in virtù del- dell'art. 816. Duranton, IX, 554.

(4) Il donatario non potrebb' essere gravato di restituire beni diversi da quelli che erano compresi nella prima donazione. Toullier, V, 732. Confr. nondimeno: Pothier, *delle Sostituzioni*, sez. IV, art. 1, § 4. Ma non è necessario, onde i beni compresi nella prima donazione possano essere gravati di restituzione, che quelli i quali formino l' oggetto della nuova liberalità sieno in pari tempo sottoposti a questo peso. Duranton, IX, 555. Delvincourt, sull' art. 1008.

(5) Grenier, I, 362. Duranton, IX, 556.

(6) Grenier, I, 374.

ti per la conservazione dei dritti dei chiamati.

Dev'essere nominato un tutore speciale (1) per vegliare alla esecuzione della sostituzione. Art. 1011 e 1012. Siffatta prescrizione dovrebb'esser osservata, anche quando i chiamati esistenti nel momento della donazione o della morte del testatore fossero tutti maggiori; ovvero, essendo minori, si trovassero provveduti di tutore. In questa specie di tutela non vi ha luogo a nomina di tutore surrogato (2); ed i beni del tutore non sono gravati d'una ipoteca legale a pro dei chiamati (3).

Il donante o il testatore che faccia una sostituzione, è autorizzato a nominare il tutore incaricato di assicurarne l'esecuzione. Tale nomina può essere fatta o nello stesso atto che racchiude la disposizione, o in un atto posteriore rivestito delle formalità prescritte per le disposizioni tra vivi o testamentarie (4). Art. 1011.

Quando il disponente abbia omesso di nominare un tutore per l'esecuzione della sostituzione, o quando il tutore da lui nominato sia morto o si trovi scusato, il gravato, ovvero il suo tutore, se egli sia minore, è tenuto a farne nominare uno nel termine di un mese, a contare dal giorno in cui, dopo di questa morte, l'atto contenente la sostituzione sia stato conosciuto. Art. 1012. Questa nomina dev' essere fatta dal consiglio di famiglia dei chiamati, e nelle forme ordinarie prescritte per le nomine dei tutori (5).

Il gravato che non abbia soddisfatto alla obbligazione di fare nominare un tutore alla sostituzione, dev'esser dichiarato decaduto dal beneficio della disposizione, eccetto se gli fosse stato

(1) Trattasi qui piuttosto di un curatore, che di un tutore propriamente detto. Grenier, I, 384.

(2) Duranton, IX, 563.

(3) Duranton, IX, 563.

(4) L'art. 1011 dice: « o con un atto posteriore in autentica forma ». Ma deesi ammettere, per arg. dall' art. 320 comb. coll' art. 314, che la nomina di un tutore per la esecuzione di una sostituzione possa esser fatta con un atto rivestito delle formalità prescritte pe' testamenti olografi.

(5) La legge non dice espressamente da chi la nomina del tutore alla sostituzione debba esser fatta. Ma siccome ella rimanda, quanto alle scuse, al titolo *della Tutela*, ed ha d' altronde sostituita alla qualificazione di *curatore*, usata nell' antico diritto, quella di *tutore*, è da credersi che ella abbia inteso di riportarsi, per la nomina di questo tutore, alle disposizioni degli art. 326 e seg. Toullier, V, 748. Duranton, IX, 662, nella nota. Il consiglio di famiglia dev' essere composto nella stessa maniera che se si trattasse di nominare un tutore ordinario a' chiamati nati e da nascere, vale a dire, da' loro parenti o affini, presi metà dal lato paterno e metà dal lato materno. Nondimeno, se il gravato non fosse coniugato, si sarebbe, per la forza delle cose, nella necessità di comporlo esclusivamente da' suoi parenti, affini o amici. Duranton, *luogo cit.*

impossibile di adempiere a siffatta obbligazione nel termine prescritto (1). Nella decadenza incorrerebbe anche il minore il cui tutore avesse trascurato di adempire a tale prescrizione, ancorchè questo tutore, trovandosi insolvibile, il regresso contro di lui fosse illusorio (2).

La dichiarazione della decadenza del gravato può essere provocata o da' chiamati, se sieno maggiori, o dal loro tutore, se siano minori ovvero interdetti, o da qualunque parente dei chiamati maggiori, minori ovvero interdetti, o anche di ufficio a richiesta del procuratore del re

(1) L' art. 1013 dice: « Il gravato che non abbia adempiuto a ciò che è prescritto nell'articolo precedente, *decade* dal beneficio della disposizione. In tal caso il *dritto potrà* dichiararsi dovuto, ecc. » Grenier I 385, Guillon n. 1071 e Pouiol (sull' art. 1013, n. 7) opinano che la seconda frase, modificando la prima, lasci ai giudici il potere di esaminare, secondo le circostanze, se siavi luogo a pronunziare immediatamente la decadenza del gravato, o di accordargli un nuovo termine per far nominare un tutore. Delvincourt (sull' art. 1013) e Duranton (IX. 556) rigettano questa opinione, pel motivo che queste parole: « decade ecc. » esprimono una disposizione formale ed assoluta, e che se fosse stato intendimento de' compilatori del Codice il lasciare al giudice un potere discrezionale, essi avrebbero detto semplicemente: *Il gravato il quale non abbia adempiuto a ciò che è prescritto nell' articolo precedente, potrà esser dichiarato decaduto dal beneficio della disposizione*, *ad istanza*, ecc. Quanto alle parole: « In tal caso il dritto potrà dichiararsi devoluto, ecc. » questi autori le spiegano, dicendo, che non potendo la sostituzione esser dichiarata aperta, se non in quanto esistano già dei chiamati, appunto nel prevedere il caso contrario i compilatori del Codice siensi espressi nel modo che han fatto. Noi adottiamo nella sostanza l' opinione di Duranton e di Delvincourt; e senza voler precisamente combattere la spiegazione che essi danno di tali parole, diremo che ci sembra risultar chiaramente dal contesto dell' art. 1013 che la voce: « potrà », si riferisca a queste altre: « o ad istanza dei chiamati », ecc., e non abbia altro scopo che quello d' indicare le persone a domanda delle quali la decadenza possa essere pronunziata. Vedi in questo senso: Ric. rig. 17 aprile 1843, Sir., XLIII, 1, 497. Confr. Colmar, 14 agosto 1840. Sir., XLIII, 2, 102.

(Il gravato di sostituzione, il quale non abbia fatto nominare il tutore tra 'l mese dalla morte del donante o testatore, non resta decaduto *di pieno diritto* dalla disposizione fatta in suo favore. Questa decadenza dev' essere pronunziata da' tribunali. Brusselles, 21 giugno 1824 e 13 aprile 1839, *Giur. di B.*, 1839. 267).

(2) Benchè l' art. 1013 non menzioni espressamente il caso in cui il tutore del gravato minore o interdetto avesse trascurato di far nominare un tutore alla sostituzione, la disposizione che esso racchiude non è meno adattabile a questa ipotesi. L' art. 1030 non lascia alcun dubbio relativamente a ciò. Confr. art. 1016. Duranton IX. 568, benchè ammetta per principio questa opinione, crede nondimeno che i tribunali potessero, sia nell' interesse del minore, sia nell' interesse del tutore medesimo, accogliere più facilmente le scuse di quest' ultimo che quelle di un gravato maggiore.

presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui siasi aperta la successione. Art. 1013. Ma la decadenza non può essere pronunziata se non in quanto esistano già dei chiamati. Nel caso contrario, il tribunale dovrebbe limitarsi ad ordinare provvedimenti conservatori nell'interesse dei chiamati nasciturì (1).

La decadenza pronunziata contro il gravato può essere opposta ai suoi creditori, ed a' terzi che avessero acquistato da lui beni compresi nella sostituzione. Ma essa non influisce sulla posizione

(1) Duranton, IX, 556. Delvincourt (sull'art. 1013) opina che la decadenza del gravato dovrebb'essere pronunziata anche quando non esistessero ancora chiamati, ma che la sostituzione non potendo, in somigliante caso, esser dichiarata aperta immediatamente, i beni ritornerebbero provvisoriamente agli eredi *ab intestato* del donante o del testatore. Questa opinione dev'essere rigettata. Il provvedimento della nomina di un tutore, prescritta nel solo interesse de' chiamati, è del tutto estranea agli eredi *ab intestato* dell'autore della sostituzione; e per conseguenza costoro non debbono profittare di una decadenza, la quale altro non è che la sanzione di questo provvedimento.

* E più largamente Troplong:

* « Diciamo che quando il gravato non ha figli, non esiste azion di decadenza contro di lui. A render meglio aperta questa verità, supponiamo che il gravato non abbia figli e non abbia più la speranza d'averne: egli non fa nominar tutore alla sostituzione, dacchè nel suo convincimento questa sostituzione non si avvererà giammai. Tuttavolta accade che il pubblico ministero intenti contro di lui un'azion di decadenza; come mai potrebbe ammettersi cotale azione? in quale scopo? per quale interesse? per de' fratelli e delle sorelle che il testatore ha esclusi, ed in veduta de' quali non è altrimenti stata stabilita la nomina del tutore? La legge non ha voluto pene inutili; non ha voluto che fossero rovesciate le volontà del defunto.

* » Ma facciamo un passo di più: il gravato è figlio unico, il padre lo istituisce nella disponibile con sostituzione de' figli di lui nati e nascituri; egli ha due figliuoli, che cessan di vivere quasi ad un tempo coll'avo; ed il gravato resta solo superstite, senza speranza d'aver altra prole. E come! perchè il figlio unico non avrà fatto nominar un tutore alla sostituzione, che probabilmente non s'avvererà mai, il pubblico ministero protrebbe farlo dichiarar decaduto? Ma che accadrebbe allora? o che per effetto di tal decadenza la porzione disponibile si devolverebbe a' cugini od a' costoro figli, a' quali mai non volse il pensiero il testatore, il che sarebbe assurdo; o che il gravato prenderebbe come erede *ab intestato* ciò che gli vien tolto come gravato; ed allora a qual pro l'azione del pubblico ministero?

* » Ben so che un arresto della Corte di Parigi del 29 maggio 1844 pure decida ne' suoi considerando esser la decadenza imperativa ed assoluta; ma la specie era molto sfavorevole pel gravato, stantechè veniva a domandar la decadenza di lui, a cagione della sua lunga trascuraggine, l'unica sua figliuola; epperò non è da far le maraviglie della decisione della Corte di Parigi e del rigetto del ricorso per annullamento.

* » Ma l'arresto della Corte regolatrice non ci sembra punto escludere una decisione più indulgente in casi ne' quali l'azione non poggiasse sopra fatti egualmente gravi. »

e su' dritti dei chiamati tra loro. Se uno dei chiamati, a vantaggio dei quali la sostituzione sia stata così dichiarata aperta, venisse a morire prima dell' epoca in cui essa doveva naturalmente aprirsi, senza lasciare discendenti, la sua porzione ricadrebbe, per diritto di accrescere, ai chiamati superstiti (1).

Le regole relative al dritto ed alla obbligazione di amministrare una tutela ordinaria si applicano egualmente alla tutela speciale in materia di sostituzione. Così, per esempio, il tutore nominato per l' esecuzione di una sostituzione, sia dal donante o dal testatore, sia dal consiglio di famiglia, non può essere dispensato dall' accettazione di questo peso, che per una delle cause enunciate negli artic. 364 e 349 e seguenti. Art. 1011 ed arg. da quest'articolo.

Le obbligazioni che la legge impone al tutore incaricato dell'esecuzione di una sostituzione si rannodano a quelle alle quali il gravato medesimo è sottoposto, in generale, per la conservazione dei dritti dei chiamati (2). Esse sono relative a' quattro punti seguenti:

1) Comprovazione regolare dei beni formanti l'oggetto della sostituzione.

Allorchè la sostituzione versi sopra l' universalità o sopra una parte aliquota della eredità del disponente, la legge vuole che, ne tre mesi dalla morte, si proceda, secondo le forme ordinarie, all' inventario di tutti i beni componenti siffatta eredità (3).

Questo inventario, il quale de-

(1) Se fosse altrimenti, la decadenza recherebbe pregiudizio a' chiamati superstiti, in quantochè il gravato medesimo prenderebbe, come padre, nella successione del chiamato predefunto, una porzione dei beni pervenuti a quest' ultimo per effetto dell' apertura anticipata della sostituzione, mentre, senza la decadenza, la totalità de' beni compresi nella sostituzione sarebbe stata esclusivamente devoluta ai chiamati superstiti. Duranton. XI, 566.

(2) Verranno indicate nel numero seguente le obbligazioni del gravato, per quanto concerne la manutenzione e la conservazione delle cose che debbono essere restituite in ispecie.

* (3) L'art. 1058 (1014) non prescrive la formalità dell'inventario che per le sostituzioni fatte per testamento; ciò si raccoglie dalle parole: « dopo la morte del sostituente » e dal complesso dell'articolo.... Esso non dispone punto per le donazioni fra vivi, cui col tacerle dispensa dall'inventario. Tal era altresì l'avviso di Furgole sotto l'ordinanza: « Del mio particolare, io son di credere non esservi una vera necessità di far procedere all'inventario se non quando la sostituzione è fatta per testamento o con un codicillo il quale si riferisca ad un testamento o con un codicillo *ab intestato* o per istituzione contrattuale; e non già quando trattisi d'una sostituzione contenuta in una donazione fra vivi, realmente eseguita vivente il donatore, o quando si è fatto uno stato de' mobili ed effetti mobiliari compresi nella donazione coll'onere di sostituzione ». Difatti si scorge che in tai casi la confusione tra la sostituzione e la successione punto non esiste e che havvi una separazion manifesta, sia mercè la tradizione, sia mercè lo stato estimativo.

vo farsi in presenza del tutore nominato alla sostituzione, e le spese del quale si prendono dai beni compresi nella disposizione, contener dee la stima a giusto prezzo dei mobili e degli effetti mobiliari, non che del bestiame e degli utensili inservienti alla cultura delle terre. È prudenza d'aggiungervi un processo verbale che comprovi lo stato degl' immobili (1).

La formazione di un inventario non è richiesta, quando la sostituzione versi soltanto sopra una o più cose determinate individualmente. Artic. 1014. Nondimeno, se la sostituzione riguardasse una universalità di fatto, come, per esempio, una biblioteca o un gregge, sarebbe indispensabile di farne comprovare l'ammontare mercè uno *stato* particolarizzato ed estimativo (2), disteso in presenza del tutore.

Allorchè l' inventario non sia stato fatto ad istanza del gravato, nei tre mesi dall'apertura della successione, il tutore nominato per l'esecuzione della sostituzione è tenuto a farvi procedere nel mese seguente. Se egli ancora trascurasse di adempiere a siffatta obbligazione, le persone indicate nell'art. 1013 potrebbero richiedere la formazione dell' inventario, chiamandovi il gravato o il suo tutore, ed il tutore nominato per l'esecuzione.

2) Vendita dei mobili.

Il gravato è tenuto a far procedere alla vendita di tutti i mobili corporali (3) compresi nella sostituzione, a riserba soltanto di

* (1) L'inventario dovrà aver luogo per gl'immobili della successione non che pei mobili; non avendo la legge fatta distinzione di sorta su tal punto. Che anzi, essa ha curato di dire che l'inventario dee comprendere tutt'i beni ed effetti che compongono la successione del disponente: sotto la quale espressione generale ha compresi evidentemente i mobili e gl'immobili.

* Si è impugnata la necessità che l'inventario abbracciasse gl' immobili, essendo uso di limitarlo ai soli mobili; e si son citati in sostegno parecchi articoli in cui il Codice, parlando pure dell'inventario de' beni non intende pretendere evidentemente che un inventario dei soli mobili.

* Rispondiamo col testo del nostro articolo e con le seguenti parole di Fergole: « Egli è di necessità che l'inventario contenga tutti i beni ed effetti lasciati dal sostituente, tanto mobili, quanto immobili; la lettera del testo è chiara e precisa su questo punto, poichè non si limita ai soli effetti mobili; il che par fondato sull'imporre che fa al sostituito d'aver una prova mercè l'inventario degl'immobili come de' mobili ed effetti mobiliari ».

(2) Arg. art. 1014 e 1020. Noi diciamo: *per mezzo di uno stato particolarizzato ed estimativo*; perciocchè in questa ipotesi medesima non potrebbe trattarsi di far distendere, per l'interesse dei chiamati, un inventario della successione lasciata dall' autore della sostituzione.

(3) L' obbligazione di vendere non riguarda i mobili incorporali. Confr. art. 1022; Grenier, 1, 388. Toullier V, 760 opina che questa obbligazione non concerna neppure le cose incorporali le quali, come l' argenteria, abbiano un valore invariabile. Ma questa opinione, la quale è fondata d' altronde, nel fatto, su di una

quelli che egli fosse stato espressamente incaricato dal donante o dal testatore di restituire in ispecie. Art. 1018 e 1019. Quanto al bestiame ed agli utensili inservienti alla coltivazione dei fondi compresi nella sostituzione, il gravato è tenuto a farli estimare, per restituirne di un eguale valore (1) nel tempo della restituzione. Art. 1020.

La vendita deve aver luogo per mezzo di affissi e di incanti, in presenza del tutore nominato per l'esecuzione della sostituzione. Se il gravato trascurasse di fare la vendita, il tutore dovrebbe citarlo in giudizio per farsi autorizzare a procedervi (2).

3) Impiego del denaro compreso nella sostituzione.

Il gravato è tenuto a fare, nei termini fissati dalla legge, ed in presenza del tutore nominato alla sostituzione, l'impiego così del denaro contante esistente alla morte del donante o del testatore che del prodotto della vendita dei mobili, e delle somme provegnenti dal rimborso dei crediti ordinarii o delle rendite. Artic. 1021, 1022 e 1024. Mancando il gravato di adempiere a questa obbligazione, il tutore per la esecuzione dee fare le istanze necessarie per costringervelo (3). Art. 1024.

Se l'autore della disposizione abbia egli stesso prescritto il modo da impiegare le somme comprese nella sostituzione, l'impiego dev'esserne fatto conformemente alle sue intenzioni. In caso contrario, tali somme non potrebbero essere impiegate, che in acquisti d'immobili, ovvero in mutui con privilegio o prima ipoteca sopra immobili (4). Art. 1023.

Gli atti di acquisto, di mutuo,

supposizione erronea, non può sostenersi a fronte della disposizione assoluta dell'art. 1818. A torto Toullier ha citato Grenier come colui che fosse del suo avviso.

(1) Dicendo: per restituirne *di un eguale valore*, noi riproduciamo la compilazione dell'art. 6 dell'ordinanza del 1747: compilazione che ci sembra preferibile a quella dell'art. 1020, che dice: « per renderne *l'eguál valore* ».

(2) Toullier, V, 758.

(3) Un padre gravato di sostituzione nel caso preveduto dall'art. 1094 del Codice civile, e 'l quale abbia ricevuto, senza farne impiego, i capitali che egli trovisi gravato di restituire a' suoi figliuoli, ancora minori, diviene, per effetto della tutela legale a cui egli sia poscia chiamato, risponsabile in faccia ad essi di questa mancanza di reimpiego; in guisa che l'ipoteca legale conceduta a' minori per fatto di tutela si estende a questa risponsabilità, e loro permette di primeggiare i creditori del loro padre, posteriori alla tutela. Liegi, 7 novembre 1833, *Giur. di B.*, 1834 p. 81).

(4) Una prima ipoteca presentando, in generale, gli stessi vantaggi di un privilegio, sembra che sufficientemente adempia allo scopo della legge. Toullier, V, 768. Duranton, IX, 574. Se fosse impossibile di trovare un impiego conforme, sia alle intenzioni del donante o testatore, sia alle prescrizioni della legge, sarebbe d'uopo rivolgersi al tribunale, per far regolare il modo da impiegare il danaro fedecommessario.

stipulati in simil caso, debbono indicare l'origine delle somme e lo scopo degli acquisti o degli impieghi.

4) Pubblicità da darsi alle sostituzioni (1).

Le sostituzioni fatte o per atti tra vivi o per testamenti, debbono, a diligenza del gravato o del tutore per l'esecuzione, essere rendute pubbliche, cioè: quanto agli immobili gravati di restituzione, mercè la trascrizione degli atti che racchiudono tali disposizioni; e quanto a' capitali o alle rendite con ipoteca o privilegio sopra immobili, mercè la annotazione degli atti di cui si tratta nel margine delle iscrizioni ipotecarie già prese per ragione di questi crediti, o mediante la loro menzione nelle inscrizioni da prendersi (2). Articolo 1025.

Il modo di pubblicità, prescritto per le rendite e pei capitali compresi nell'atto di sostituzione, dev'essere ugualmente osservato per le rendite e pei capitali collocati in reimpiego (3). Quanto agli acquisti immobiliari di tale natura, essi debbono essere renduti pubblici mercè la trascrizione degli atti che li contengano (4).

Quando le formalità prescritte dall'art. 1025 sieno state adempiute, i terzi che abbiano contrattato col gravato non possono allegare pretesti d'ignoranza della sostituzione. Da ciò deesi conchiudere, soprattutto per quanto concerne i crediti ipotecarii compresi nella sostituzione, che i debitori i quali pagassero nelle mani del gravato, posteriormente all'apertura della sostituzione, a vantaggio dei chiamati, potrebbero essere costretti a pagare una seconda volta.

La mancanza della trascrizione dell'atto di sostituzione, o della menzione di tale atto nelle iscrizioni ipotecarie prese per sicurezza di crediti gravati di restituzione, non potrebbe essere supplita, nè riguardata come coverta dalla conoscenza che i terzi possessori avessero potuto avere della disposizione per altre vie

(1) La pubblicità delle sostituzioni è prescritta nell'interesse de' terzi, ed a fine d'impedire che per ignoranza del peso della restituzione, costoro vengano indotti in errore sui diritti e sulla posizione del patrimonio del gravato.

(2) In tal guisa bisogna intendere le espressioni finali dell'art. 1025: « mediante l'iscrizione su' beni immobili sottoposti al privilegio ». Delle iscrizioni ipotecarie, prese nella forma ordinaria, sarebbero inutili, se ve ne esistessero di già, e non farebbero in verun caso conoscere ai terzi l'esistenza della sostituzione. Nondimeno, Duranton IX, 575 e 576 sembra credere che qui trattasi di una iscrizione ordinaria, da prendersi per applicazione del diritto comune.

(3) L'art. 1052 non distingue; ed i motivi su' quali la sua disposizione è fondata si applicano a' capitali e rendite della seconda specie, come a quelli della prima. Grenier, I, 398. Confr. ordinanza del 1747, art. 23.

(4) Durant. IX, 575. Confr. nondimeno: Grenier, I, 390.

che per quella di tali formalità. Art. 1026.

La mancanza di adempimento a tali formalità (1) può essere opposta a' chiamati, anche minori o interdetti (2), tanto dai creditori del gravato (3), quanto dai terzi i quali avessero acquistati da lui, a titolo oneroso, immobili compresi nella sostituzione, o a pro dei quali egli avesse costituiti, a titolo oneroso, diritti reali sopra questi beni (4).

Ma i donatarii, i legatarii o gli eredi del gravato, ed i loro donatarii o legatarii, non sono ammessi a prevalersi di siffatta omissione (5). È lo stesso dei donatarii, dei legatarii o degli eredi dell'autore della sostituzione (6),

(1) Gli art. 1026 e 1027 non parlano espressamente che della mancanza di trascrizione; ma è evidente che essi si applicano egualmente alla mancanza d'iscrizione. L'art. 1028 non può lasciare alcun dubbio relativamente a ciò. Grenier, I, 380. Duranton, IX, 576 e 578.

(2) La mancanza di trascrizione può essere opposta a' minori, quando anche non fosse stato nominato alcun tutore alla sostituzione. Brusselles, 21 giugno 1824, *Pasicrisie belgica*, sotto questa data.

— Benchè l'ipoteca conferita dal gravato, erede in primo grado, prima della trascrizione della sostituzione, sia valida, nondimeno, se i chiamati sieno minori, essi hanno da questo lato un'ipoteca legale, la quale primeggia a quelle conferite ai terzi, se essa sia loro anteriore, Brusselles, cass., 13 aprile 1839, *Giur. di B.*. 1839. p. 267.)

(3) Grenier I, 380 opina che i creditori del tutore per la esecuzione, ed i terzi a' quali egli avesse trasmessi i beni sostituiti, sieno ugualmente ammessi ad opporre la mancanza di trascrizione o d'iscrizione. Ma questa opinione è evidentemente erronea; il tutore per la esecuzione non avendo alcuna specie di dritti sui beni compresi nella sostituzione, non può conferirne a' terzi. Duranton, IX, 577.

(4) Questi ultimi sono compresi sotto l'espressione generica di *terzi possessori* cui si serve l'art. 1026.

(5) Autorizzando i terzi acquirenti ad opporre la mancanza di trascrizione, l'art. 1026 non ha inteso di parlare che de' terzi acquirenti a titolo oneroso. Questo è ciò che risulta, da un canto, dalla assimilazione de' terzi acquirenti a' creditori, e, dall'altro canto, dalla compilazione dell'art. 1026 ravvicinata a quella dell'art 865. D'altronde, per *terzi acquirenti* s'intendono generalmente gli acquirenti a titolo oneroso. Confr. art. 2080. Grenier, I, 380.

(6) I creditori ed i terzi acquirenti dell'autore della sostituzione sono forse ammessi ad opporre a' chiamati la mancanza di trascrizione o d'iscrizione? Siffatta quistione, la quale non può presentarsi che nel caso in cui la sostituzione sia stata fatta con atto tra vivi, ci sembra dover essere risoluta negativamente, in quanto concerne i crediti ipotecari compresi nella sostituzione. Di fatti, siccome la donazione di tali crediti a favore del gravato è divenuta perfetta ed efficace riguardo agli aventi causa dal donante, in virtù del solo adempimento della formalità prescritta dall'art. 1536, ed indipendentemente da ogni pubblicazione dell'atto di sostituzione, così essi non possono lagnarsi della mancanza di pubblicità di quest'atto. Quanto agl'immobili compresi nella sostituzione, uopo è distinguere, se l'atto di donazione in vantaggio del gra-

e dei loro donatarii o legatarii. Art. 1028 (1).

Se il tutore nominato per l'esecuzione non abbia adempiuto alle obbligazioni che gli sono imposte, in quanto concerne la comprovazione dei beni, la vendita dei mobili, l'impiego dei denari, e la trascrizione o l'iscrizione, e, in generale, se egli non abbia praticate tutte le diligenze necessarie, onde il peso della restituzione fosse bene e fedelmente adempiuto, egli è personalmente risponsabile verso i chiamati di tutti i danni o perdite che costoro potessero soffrire per sua colpa o per sua negligenza. Alla stessa risponsabilità è sottoposto il gravato, quando egli non abbia adempiuto alle obbligazioni che gli vengono imposte nell'interesse dei chiamati. Il gravato minore non può, anche nel caso di insolvibilità del suo tutore, essere restituito contro la mancanza di adempimento a tali obbligazioni. Art. 1029.

I chiamati, a' quali i terzi opponessero la mancanza di trascrizione o d'iscrizione dell'atto di sostituzione, non potrebbero essere rilevati dalle conseguenze di questa omissione, anche quando fossero minori o interdetti, e il gravato ed il tutore per l'esecuzione si trovassero entrambi insolvibili. Art. 1026.

3. Dei dritti del gravato e delle sue obbligazioni, quanto al godimento dei beni.

Il gravato deve, fino al momento dell'apertura della sostituzione a favore dei chiamati, essere considerato come proprietario dei beni compresi nella sostituzione (2). Da ciò risultano, tra le altre, le seguenti conseguenze:

1) Il gravato ha, fino all'aper-

vato sia stato o no trascritto, conformemente all'art. 863. In caso di affermativa, i creditori e gli acquirenti del donante, riguardo a' quali la donazione sarà divenuta perfetta, non saranno ammessi ad opporre ai chiamati la mancanza di trascrizione speciale della sostituzione, ancorchè si tratti di una donazione, la quale, pura e semplice in origine, fosse stata convertita in sostituzione per mezzo di una nuova liberalità fatta al donatario. Se per contrario, la trascrizione prescritta dall'art. 863 non abbia avuto luogo, i creditori ed acquirenti del donante saranno incontrastabilmente ammessi ad opporre la mancanza di trascrizione, tanto a' chiamati quanto al gravato. Arg. *a contrario*, art. 1028, comb. art. 865.

(1) L'art. 1028 modifica l'art. 865 solamente in favore de' chiamati, e non già in favore del gravato. È mestieri conchiuderne, che se, giusta l'art. 1028, i donatarii o legatarii dell'autore di una sostituzione non possono opporre a' chiamati la mancanza di trascrizione dell'atto di sostituzione, essi sono, giusta l'art. 865, ammessi ad opporre al gravato la mancanza di trascrizione della donazione fatta a suo vantaggio. In somigliante caso, i beni rimangono nelle mani de' donatarii o legatarii col peso della restituzione, come sarebbero rimasti nelle mani del gravato, se la trascrizione della donazione avesse avuto luogo. Duranton, IX. 580. Grenier, I, 380.

(2) Duranton, IX, 585. Ric. rig., 5 marzo 1830, Sir., XXX, 1, 162.

tura del dritto dei chiamati, la facoltà di disporre degl' immobili compresi nella sostituzione. Le alienazioni da lui fatte, e le ipoteche o le servitù da lui costituite, non possono essere impugnate o messe in contestazione dai chiamati o da' terzi, che dopo l'apertura della sostituzione. Nondimeno, i chiamati ed il tutore per l'esecuzione sono autorizzati a fare, anche prima di quest'epoca, tutti gli atti conservatorii dei loro dritti, e soprattutto ad agire contro i terzi acquirenti, nel fine d' interrompere il corso dell'usucapione (1).

2) Il gravato è nel diritto di agire pel rimborso dei crediti facienti parte della sostituzione, e di rilasciarne quietanza senza il concorso del tutore nominato per l'esecuzione. La validità dei pagamenti fatti nelle sue mani dai debitori non è subordinata alla condizione dell' impiego (2) delle somme in acquisto d' immobili, ovvero in mutui ipotecarii. È lo stesso anche per quanto concerne le rendite ed i capitali, riguardo al quali la formalità prescritta dall'art. 1025 sia stata adempita (3).

Il gravato può altresì, in generale, cedere i crediti compresi nella sostituzione, senza che i chiamati fossero ammessi, dopo l'apertura dei loro dritti, a fare annullare, in pregiudizio dei cessionarii, le cessioni da lui fatte (4).

3) Il gravato ha qualità per introdurre tutte le azioni, o personali o reali, relative alle cose corporali o incorporali comprese nella sostituzione. Reciprocamente, tutti coloro che abbiano pretensioni qualunque da far valere sopra queste cose, possono agire contro il gravato. Non per tanto, le sentenze che i terzi avessero riportate contro di lui, anche senza collusione, non legano i chiamati se non in quanto esse sieno state pronunziate in contraddizione col tutore nominato alla sostituzione, e sulle conclusioni del pubblico ministero (5).

(1) Arg. art. 1133. Grenier, 1, 391, Merlin, *Rep.*, v. Sostituzione fedecommessaria, sez. XVI, n. 1 e 2.

(2) Conf. il decreto del 1 febbraio 1843.

(3) Ordinanza del 1747, tit. II, art. 15. Pothier. sez. V, art. 1, Toullier. V, 742. Grenier, I, 390.

(4) In generale, la facoltà di ceder crediti è, anche pe' semplici amministratori del patrimonio altrui, una conseguenza del potere di esigerli e di rilasciarne quietanza; e deve, a maggior ragione, essere lo stesso pel gravato, il quale non è solamente amministratore, ma proprietario, benchè sotto condizione risolutiva. Nondimeno, questo principio sarebbe forse suscettivo di modificazione, se si trattasse di crediti riguardo a' quali la sostituzione fosse stata renduta pubblica, ed i quali esistessero ancora in ispecie nel momento dell'apertura della sostituzione. In questo caso, di fatti, sembra che i chiamati sieno ammessi a reclamare contro i terzi portatori la consegna de' titoli di questi crediti.

(5) Duranton, IX, 591. Ordinanza del 1747, tit. II, art. 49 e 50. Toullier V, 389 opina che le sentenze pronunziate contro il gravato, tuttochè in assenza del tutore, e senza conclusioni del ministero pubblico,

Dalla circostanza che le azioni relative a' beni sostituiti risseggono fino all'apertura della sostituzione nella sola persona del gravato, segue che la prescrizione di queste azioni decorre e si compie contro del gravato. Le azioni così estinte non rivivono, dopo l'apertura della sostituzione, a vantaggio dei chiamati, i quali non sarebbero neppure ammessi a prevalersi di una causa di sospensione esistente nella loro persona, come, per esempio, della loro minore età, onde sostenere che il corso della prescrizione sia stato sospeso in lor favore (1).

4) Il gravato può transigere relativamente a' beni compresi nella sostituzione. Nondimeno, le transazioni da lui fatte non sono suscettive di essere opposte ai chiamati, se esse non sieno state concluse col consenso del tutore alla sostituzione, e con le formalità prescritte per le transazioni nelle quali sieno interessati dei minori (2).

leghino i chiamati. Conf. Delvincourt, sull' art. 1003.

(1) Pothier, sez. V, art. 1, Toullier, V, 740. Grenier I, 383 e Vazeille *delle Prescrizioni* n. 303 ammettono questa proposizione, in quanto concerne le azioni personali e mobiliari, e la rigettano, in quanto alle azioni reali immobiliari, fondandosi, sotto quest' ultimo rapporto, sulla massima: *Contra agere non valentem non currit praescriptio.* Ma questa massima è priva di applicazione alla usucapione; poichè il tutore alla sostituzione ed i chiamati possono, anche prima dell' apertura della sostituzione, agire contro i terzi detentori, affine di interromperne il corso. D' altronde, se la massima di cui si tratta fosse, in materia di sostituzione, adattabile alle azioni reali immobiliari, essa lo sarebbe altresì, giusta l' art. 2163, alle azioni personali e mobiliari; e nondimeno, Grenier e Vazeille riconoscono che la prescrizione di queste ultime corra contro il gravato ed in pregiudizio de' chiamati, anche prima dell' apertura della sostituzione. Nondimeno, Duranton IX, 610, il quale ammette, come noi, che tutte le azioni, o reali o personali, relative a' beni sostituiti, sieno, anche prima dell' apertura della sostituzione, soggette a prescriversi in pregiudizio dei chiamati, crede che la prescrizione sia in tutti i casi sospesa durante la minore età di costoro. Questa opinione non è esatta che quando si tratti di prescrizioni acquisitive a favore di terzi, i quali ripetano il loro titolo dal gravato; ma der' essere rigettata quando si tratti, come nel testo, o di prescrizioni estintive di crediti compresi nella sostituzione, o di prescrizioni acquisitive in favore de' terzi, i quali non abbiano alcun titolo, ovvero non ripetano il loro titolo dal gravato. In fatti, nella prima ipotesi, i chiamati possono di lor proprio diritto impugnare gli atti di alienazione fatti dal gravato, per mezzo di azioni rivocatorie, il cui esercizio non compete a quest' ultimo, e non sono per conseguenza suscettive di estinguersi, direttamente o indirettamente, che mercè prescrizioni acquistate contro di essi personalmente. Per contrario, nella seconda ipotesi, i chiamati non hanno altre azioni fuori di quelle che competono allo stesso gravato; e siccome l' esercizio di tali azioni si appartiene esclusivamente a lui fino all' apertura della sostituzione, così contro di lui, e non contro i chiamati, si prescrivono.

(2) Duranton, IX, 592. Delvincourt,

Il dritto di proprietà che compete al gravato sui beni sostituiti è risolubile a favore dei chiamati, per l' avveramento della condizione che deve dare apertura alla sostituzione. Deriva da ciò, tra le altre conseguenze, che il pignoramento e la vendita dei beni sostituiti, a cui i creditori personali del gravato avessero fatto procedere, non potrebbero recare onta ai diritti dei chiamati.

Non per tanto, e per eccezione al principio sopra stabilito, l' ipoteca legale della moglie del gravato per sicurezza del capitale (1) dei suoi danari dotali (2) rimarrebbe efficace, malgrado l'apertura dei dritti dei chiamati, laddove l'autore della sostituzione (3) le avesse, pel caso d' insufficienza dei beni liberi di suo marito, accordato un regresso sussidiario sui beni sostituiti (4). Artic. 1010 (5).

Il gravato è tenuto, nell' interesse dei chiamati, ad adoperare per la conservazione e pel mantenimento dei beni sostituiti le cure di un buon padre di famiglia. Così, egli deve, sotto pena di danni ed interessi, interrompere le prescrizioni che decorressero a favore di terze persone. Così ancora, egli dee fare le riparazioni di ogni specie, salvo, quanto a quelle straordinarie, il ripetere l' ammontare delle sue spese contro i chiamati, nel tempo dell' apertura dei loro dritti, ovvero il forsi autorizzare dal giudice a contrarre un prestito il cui capitale sarà a loro peso (6).

Il gravato che avesse fatto nuo-

sull' art. 1003; Marbeau, *delle Transazioni*, n. 116 e seguenti.

(1) Questa ipoteca non potrebb' essere invocata per sicurezza degl' interessi della dote.

(2) Solamente per sicurezza di una dote costituita in danaro l' autore di una sostituzione può estendere agl' immobili sostituiti l' ipoteca legale della moglie del gravato. Ma importa poco che la donna sia maritata sotto la regola dotale o sotto quella della comunione, purchè, in quest' ultimo caso, ella si abbia riserbato la ripresa de' suoi conferimenti.

(3) L' art. 1010 non parla espressamente che del *testatore:* il che suppone il caso di una sostituzione fatta per testamento; ma non vi ha dubbio che quest' articolo sia ugualmente adattabile alle sostituzioni fatte per atti tra vivi. Duranton, IX, 595.

(4) Adunque, il regresso sussidiario della moglie non esiste di pieno diritto. Confr. la nota seguente.

(5) La compilazione dell' art. 1010 è così singolare come la disposizione medesima che esso contiene. Per intenderne la ragione, uopo è riportarsi agli art. 44 e 45 del tit. I. dell' ordinanza del 1747, secondo i quali la moglie del gravato aveva di pieno diritto un regresso sussidiario sui beni sostituiti, da un canto, pel fondo o pel capitale della dote e pei frutti o interessi dovutine, e da un altro canto, pel *fondo* e per le annualità del dotario, sia consuetudinario, sia convenuto.

(6) Sotto questo rapporto, le obbligazioni del gravato sono più estese di quelle dell' usufruttuario, il quale non è tenuto a fare le riparazioni straordinarie. Confr. art. 530. La ragione di ciò si è, che il gravato devesi, fino all' apertura della sostituzione, considerare, come proprietario, e che fino a questo punto non si possono forzare i chiamati, il cui

ve costruzioni o altri miglioramenti, avrebbe dritto a dimandare contro i chiamati il rimborso delle somme anticipate, ma soltanto fino alla concorrenza del maggior valore dei beni sostituiti, nel tempo della loro restituzione (1).

Il gravato ha dritto a' frutti dei beni sostituiti, fino alla dimanda di rilascio da parte dei chiamati (2). Egli ha diritto inoltre alla bonificazione delle spese di coltivazione e di semina dei fondi sui quali esistano frutti nel momento della restituzione (3).

Il gravato, il quale si rendesse colpevole di gravi abusi di godimento, potrebbe, secondo le circostanze, e sotto le modifiche indicate dall'art. 543, essere dichiarato decaduto dal dritto di godere e di amministrare i beni sostituiti (4). Siffatta decadenza, che non toglierebbe al gravato il suo dritto di proprietà supra questi beni (5), non influirebbe d'altronde sulla posizione e sui diritti dei chiamati tra loro.

4. Dei dritti dei chiamati. Del-

diritto è incerto, a fare anticipazioni. Toullier, V, 775. Confr. nondimeno: Duranton, IX, 953.

(1) Relativamente a ciò, la condizione del gravato è più favorevole di quella dell' usufruttuario. Confr. art. 524, comma 2. La ragione della differenza consiste in ciò, che il gravato essendo proprietario, benchè sotto condizione risolutiva, dee avere maggiore latitudine nella sua amministrazione che l' usufruttuario il quale non può fare alcun cangiamento senza consultare il proprietario. Pothier, *delle Sostituzioni*, sez. IV, art. 2. § 2, n. 3. Toullier. V, 775. Delrincourt, sull' art. 1003. Duranton IX. 593 sembra ammettere che i diritti e le obbligazioni del gravato, nelle sue relazioni co' chiamati, sieno, sotto ogni aspetto, regolati dagli stessi principii che quelli dell'usofruttuario nelle sue relazioni col nudo preprietario.

(2) Duranton IX, 611, il quale riconosce, come noi, la necessità di una dimanda di rilascio da parte dei chiamati onde loro dar dritto a' frutti, opina nondimeno che, nelle sostituzioni universali o a titolo universale, i chiamati abbiano diritto ai frutti dall' apertura della sostituzione, allorchè abbiano fatta la loro dimanda di rilascio tra l' anno a contare da questa epoca. Ma l' argomento di analogia, che Duranton trae, relativamente a ciò, dall' art. 931, non ci sembra concludente. La posizione dei chiamati, i quali debbono aver conoscenza della sostituzione prima della sua apertura in loro vantaggio, non è così favorevole come quella dei legatarii, i quali possono ignorare l' esistenza delle disposizioni fatte in loro pro.

(3) Pothier, *op. cit.*, sez. IV, art. 2, § 2, n. 3. *Nec. obstat.*, art. 510.

(4) Arg. art. 543. Toullier, V, 782.

(5) Così, i beni sostituiti dovrebbero essere restituiti al gravato, se, per la premorienza dei chiamati o per qualunque altra causa, la disposizione in second' ordine a vantaggio di questi ultimi fosse divenuta caduca. Duranton IX, 603 ammette che il gravato, il quale commettesse abusi di godimento, potrebbe in un modo assoluto essere dichiarato decaduto dal benefizio della disposizione fatta a suo vantaggio. Ma, invocando in appoggio della sua opinione la disposizione dell' art. 543, Duranton non si limita, come noi lo facciamo, ad applicarla per analogia al gravato: egli estende evidentemente la penalità stabilita da quest' articolo.

l'apertura della sostituzione.

I chiamati non hanno, fino all'apertura della sostituzione a loro favore, che un dritto condizionale o eventuale.

L' apertura della sostituzione non ha luogo, in generale, che alla morte naturale del gravato, e trovasi subordinata alla condizione della sopravvivenza dei chiamati a quest' ultimo. Arg. artic. 1003 e 1004. Da ciò siegue, che la premorienza di tutti i chiamati fa svanire la sostituzione, e rende irrevocabile il dritto di proprietà del gravato, ancorchè i chiamati o qualcuno di essi abbiano lasciato figli (1). Se uno o più dei chiamati fosse sopravvivuto al gravato, ed altri fossero morti prima di lui, ma lasciando dei figli, questi prenderebbero, per rappresentazione del loro autore, la porzione che a lui sarebbe spettata sui beni sostituiti. nel caso in cui fosse egli stesso sopravvivuto al gravato (2). Artic. 1007.

Allorchè in una sostituzione testamentaria, il legato in primo ordine sia divenuto caduco in conseguenza della morte naturale o civile del gravato prima del testatore, la disposizione in secondo ordine non riceve veruna ferita da tale caducità (3). Questa

(1) Grenier, I. 361. Toullier, V, 726. Duranton, IX, 548. Vedi nondimeno in senso contrario: Maleville e Delvincourt, sull' art. 1007.

* (2) L'artic. 1051 francese in vece di porsi tra' riformati potrebbe collocarsi tra quelli che han subita una diversa redazione nel corrispondente nostro art. 1007. In fatti dice il francese: *se nel caso sopra espresso* (e vi si parla delle disposizioni permesse a favore de' nipoti coll'obbligo di restituire),*il gravato di restituzione a favore de' suoi figli, muore lasciando figli del primo grado, e dei discendenti di un figlio premorto, questi ultimi percepiranno per dritto di rappresentazione la porzione spettante al figlio predefunto.*

* Il nostro art. 1007 poi si spiega così: « Le sostituzioni anzidette non » potranno oltrepassare il primo » grado. Nondimeno i discendenti » del chiamato predefunto hanno il » dritto di prendere la porzione del » loro ascendente per dritto di rap- » presentazione, quando anche esi- » stessero figli del primo grado ».

* In una parola la legislazione francese non in altro si è da noi modificata che nel fare rimaner ferma la donazione, l'instituzione, il legato, come atto distinto dalla sostituzione, ma in quanto alle sostituzioni tutte, anche quelle del primo grado, caducate rimangono (giusta l'art. 943, come di sopra osservammo parlando delle sostituzioni), e si è voluto qui riprenderlo, acciò colui che ha ricevuto i beni per sostituzione non si credesse moralmente tenuto a restituire ad altri ciò che con la condizione gli fu lasciato, facendo prevalere alla legge la volontà del disponente.

(3) Per diritto romano, la caducità della istituzione in conseguenza della morte del gravato prima del testatore, produceva, in generale, e salvi gli effetti della clausola codicillare, la caducità della sostituzione fedecommessaria. Questa decisione, fondata sulla necessità della istituzione dell' erede per la validità del testamento, era seguita ne' paesi di diritto scritto, conformemente all' art. 26, tit. I, dell' ordinanza del 1747.

ultima disposizione è a riguardarsi come aperta a vantaggio dei chiamati nati o da nascere. Se esistano già dei chiamati nel tempo di questa apertura, i beni che formano l'oggetto della sostituzione debbono immediatamente esser loro rilasciati, coll'obbligo di farvi partecipare coloro tra i chiamati che nascessero posteriormente. Se per contrario, non esista ancora alcun chiamato nel momento dell'apertura della disposizione in secondo ordine, i beni compresi nella sostituzione rimangono provvisoriamente nelle mani delle persone obbligate all'adempimento del legato, col peso però in tali persone di rilasciarli a' chiamati nel momento della nascita del primo di essi, e senza che elleno fossero autorizzate a reclamarne la restituzione nel caso in cui questi ultimi morissero prima del gravato. Le quistioni che un tale rilascio può far sorgere tra i chiamati che nascessero posteriormente, debbono essere risolute a norma di principii analoghi a quelli che regolano il caso dell'abbandono anticipato fatto dal gravato.

Per eccezione alla regola sopra stabilita, la sostituzione s'apre in vita del gravato, sia in un modo assoluto, sia soltanto riguardo a date persone e sotto dati rapporti.

1) Per la scadenza del termine o per l'avveramento della condizione, quando l'autore della sostituzione abbia fissata per la restituzione un'epoca diversa da quella della morte del gravato, ovvero abbia fatta dipendere tale restituzione da un avvenimento incerto diverso dalla sopravvivenza dei chiamati. In questo caso, la sostituzione è aperta sotto tutti i rapporti, e riguardo a tutte le persone indistintamente.

2) Per la decadenza che deve essere pronunziata contro il gravato, allorchè egli abbia trascurato di far nominare un tutore per l'esecuzione.

3) Per la decadenza che può essere pronunziata contro di lui, quando egli siasi renduto colpevole di abuso di godimento.

La decadenza in cui sia incorso il gravato, nell'una o nell'altra di queste ipotesi, non dà, in un modo assoluto, apertura alla sostituzione.

4) Per la restituzione effettuata volontariamente dal gravato, prima del termine o dell'avveramento della condizione da cui essa dipendeva. Nondimeno, questa restituzione, che non ha effetto se non tra il gravato ed i chia-

Per contrario, ne' paesi consuetudinarii, ove i testamenti non erano propriamente altro che codicilli *ab intestato*, tenevasi per principio che le sostituzioni testamentarie non potevano giammai ricevere offesa per effetto della premorienza del gravato. Confr. Pothier, sez. VII, art. 1, § 2. Questo principio dev' essere seguito sotto il Codice civile, il quale non esige, del pari che non lo esigeva il dritto consuetudinario, l'istituzione dell'erede come condizione della validità de' testamenti. Toullier, V, 793 e 794. Delvincourt, sull' art. 1009.

mati a' quali essa sia stata fatta, non dà relativamente ai terzi apertura alla sostituzione e non reca veruna offesa ai loro dritti. Art. 1009, ed arg. da questo articolo. Segue da ciò, da una parte, che i chiamati, ai quali i beni sieno stati restituiti anticipatamente, non possono prima della morte del gravato, rivendicare gl'immobili sostituiti contro i terzi che li avessero acquistati dal gravato, e, dall'altra parte, che i creditori di quest'ultimo possono, malgrado l'anticipato abbandono, rimborsarsi sul godimento dei beni sostituiti (1). Ne segue ugualmente, che i chiamati esistenti nel tempo dell'adempimento della condizione della sostituzione hanno dritto a' beni sostituiti, quantunque eglino non fossero stati ancora conceputi all'epoca della restituzione anticipata che ne abbia avuto luogo, e che eglino vi hanno altresì dritto ad esclusione dei chiamati a cui tale restituzione sia stata fatta, se costoro sieno morti senza posterità, prima dell'avveramento della condizione (2).

5) In fine, la rivocazione, per causa d'ingratitudine, della liberalità fatta a favore del gravato, e, quando trattisi d'una sostituzione testamentaria, la rinunzia di lui al legato con cui sia stato gratificato, danno immediatamente apertura alla disposizione in secondo ordine a pro di tutti i chiamati nati o da nascere (3). Debbonsi in questa ipo-

(1) Pothier, sez. VII, art. 1, § 2. Toullier, V, 785 a 787. Delvincourt, sull' art. 1009; Favard de Langlade, *Rep.*, v. Diredazione officiosa, § 1, n. 5; Duranton, IX, 605.

(2) In somigliante caso, il gravato non rimane liberato in faccia ai chiamati nati dopo la restituzione anticipata che egli avesse fatta.

(3) Questo è ciò che l'art. 27 dell'ordinanza sulle sostituzioni ammetteva, anche pe' paesi di dritto, relativamente al caso di rinunzia. E questo è ciò che deve ugualmente essere ammesso, per applicazione dell'art. 1009 nel caso in cui la liberalità fatta a vantaggio del gravato sia stata rivocata per causa d'ingratitudine. Confr. Delvincourt, II, 404; Toullier, V, 790 e 791. Nondimeno, Pothier (*delle Sostituzioni*. sez. VII, art. 1, § 2) e Duranton (IX, 600 a 602) emettono relativamente a ciò delle opinioni che differiscono ad un tempo stesso e tra loro e da quella che noi abbiamo adottata. Il primo non si occupa specialmente che del caso di rinunzia ad un legato gravato di restituzione; ed insegna che i beni sostituiti debbano, in somigliante caso, restare provvisoriamente nelle mani di coloro che sarebbero stati tenuti all'adempimento di questo legato, a condizione di doverli essi restituire, nel tempo della morte del gravato, a coloro tra chiamati che sopravviveranno a costui. Egli si fonda sul riflesso che la disposizione in secondo ordine essendo subordinata alla condizione della sopravvivenza de' chiamati al gravato, il di costoro diritto non possa aprirsi che mediante l'adempimento di questa condizione. Ma una tale opinione è evidentemente inesatta; perchè la condizione della sopravvivenza de' chiamati è esclusivamente stabilita in favore del gravato e per conseguente vi è luogo a farne astrazione dal momento in cui egli si trovi senza interesse di prevalersene. D'altronde, il sistema

tesi seguire le regole precedentemente esposte, relativamente al caso in cui il gravato sia morto prima del testatore.

di Pothier attraverserebbe apertamente le intenzioni del defunto, il quale ha inteso di privare i suoi eredi de' beni sostituiti, sia a vantaggio del gravato, sia a vantaggio dei chiamati. Quanto al Duranton, egli dà delle soluzioni differenti secondochè o si tratti della rivocazione di una donazione per causa d'ingratitudine, o si tratti, sia della rivocazione, per la medesima causa, di una disposizione testamentaria, sia della sua caducità per effetto della rinunzia del gravato. Nel primo caso, i beni sostituiti rientrerebbero, secondo quest'autore, nelle mani del donante, col peso di restituirli ai chiamati che sopravvivessero al gravato. Nel secondo caso, la sostituzione sarebbe caduca, in mancanza di chiamati nati o almeno concepiti nel tempo della rivocazione o della rinunzia; e se per contrario esistessero di già de' chiamati in questa epoca, la sostituzione aprirebbesi immediatamente, ma ad esclusivo vantaggio de' chiamati nati o concepiti. La soluzione adottata da Duranton pel primo caso ci sembra evidentemente contraria all'art. 1009, secondo il quale i diritti de' chiamati si aprono dal momento in cui, «per qualsivoglia causa» il godimento del gravato venga a cessare. La soluzione data da questo autore, per quanto concerne il secondo caso, poggia sulla idea che in una sostituzione fedecommessaria la disposizione in secondo ordine può valere solamente come sostituzione volgare, allorchè la disposizione in primo ordine sia stata ripudiata, o rivocata per causa d'ingratitudine; e debba per conseguenza essere proficua solamente a' chiamati già nati o concepiti. Ma siffatta idea, la quale non trova appoggio nè nel dritto romano nè nel diritto consuetudinario, non potrebbe essere ammessa; perciocchè tenderebbe sotto un doppio rapporto, a sconvolgere le intenzioni del testatore. Di fatti, nell'ipotesi della caducità della sostituzione, gli eredi *ab intestato* del defunto si troverebbero, contrariamente alle sue intenzioni, preferiti ai chiamati che potesseso nascere nell'intervallo dalla rinunzia o rivocazione alla morte del gravato. E nella ipotesi dell'apertura della sostituzione a vantaggio solamente de' chiamati già nati o concepiti, quelli che nascessero posteriormente si troverebbero esclusi dal beneficio della sostituzione, il che sarebbe contrario, non solamente alle intenzioni del defunto, ma ancora alle disposizioni dell'artic. 1006. Aggiugneremo, per quanto riguarda specialmente gli effetti, che Duranton attribuisce alla rinunzia del gravato, due riflessioni che ci sembrano perentorie. Supponiamo primamente che il testatore, avendo un solo figliuolo, lo istituisca erede universale, col peso di conservare e restituire ai suoi propri figliuoli la metà della successione, e che nel momento della morte del testatore il gravato non abbia ancora alcun figliuolo nato o conceputo. Giusta il sistema che noi combattiamo, il gravato potrebbe, rinunziando alla istituzione, e qualificandosi erede *ab intestato*, liberarsi da ogni obbligo di restituzione. Or questo risultamento è evidentemente inammessibile. Da un altro canto, non esiste, in sostanza, e quanto all'apertura de' diritti de' chiamati, alcuna differenza tra 'l caso in cui il gravato abbandoni con anticipazione i beni sostituiti, immediatamente dopo di averli raccolti, e 'l caso in cui egli rinunzii direttamente al beneficio della stessa istituzione. E se, come Duranton lo insegna, i chia-

La dichiarazione di assenza del gravato dà provvisoriamente apertura alla sostituzione. I chiamati adunque possono, in simil caso, dimandare la restituzione provvisoria dei beni sostituiti, eccetto se, essendo l'assente maritato sotto la regola della comunione, il suo coniuge presente abbia scelta la continuazione della comunione. Art. 129 e 130. I dritti e le obbligazioni dei chiamati come immessi nel possesso provvisorio dei beni sostituiti, sono regolati dai principii generali (1).

L' apertura delle sostituzioni produce, in generale, l'effetto di rendere i chiamati proprietari incommutabili dei beni sostituiti. Nondimeno, essi non sono, di pieno dritto, investiti di questi beni, di cui debbono dimandare il rilascio al gravato o a' suoi eredi, quando ancora la sostituzione fosse a titolo universale (2).

I beni sostituiti debbono essere rilasciati ai chiamati, non solo con gli accessorii che ne dipendevano nel tempo in cui il gravato sia entrato nel godimento, ma eziandio colle accessioni che possono aver ricevute (3).

I chiamati sono, dopo l'apertura della sostituzione, autorizzati a dimandare, contro i terzi detentori, il rilascio o la restituzione dei beni sostituiti che il gravato abbia trasmessi o rilasciati a questi ultimi, a titolo qualunque. Essi sono ugualmente autorizzati a far dichiarare tali beni franchi e liberi da' pesi e dalle servitù a cui il gravato possa averli soggettati, ed a chiedere la radiazione dalle iscrizioni ipotecarie prese contro di lui (4). Le

mati nascituri partecipano, nel primo caso, al beneflzio della sostituzione, dev'essere lo stesso nel secondo caso; altrimenti, dipenderebbe dal gravato il modificare gli effetti di questa disposizione, secondo la forma che egli darebbe alla sua rinunzia.

(1) Duranton, IV, 599.

(2) Pothier, sez. VI, art. 2, § 4. Duranton, IX, 611.

(3) Delvincourt, sull'art. 1029. Duranton, IX, 608.

* (4) L'ultimo nuovo articolo delle nostre Leggi in questo Titolo sta nel capitolo VI che riguarda le *disposizioni permesse a favore de' nipoti del donante o testatore*, ed è questo:

* Art. 1005. « I figli del gravato ne' casi espressi ne' due articoli » antecedenti, succederanno ne' beni come sopra donati, per proprio » dritto senza che il padre o la madre potesse imporvi loro alcun peso ».

* La legislazione francese, non men che la nostra, ha modificato il divieto delle sostituzioni fedecommessarie permettendo, nell'art. 1048 corrispondente al nostro 1003, al padre ed alla madre di donare la quota disponibile in tutto o in parte ad uno o più de' loro figliuoli con atti fra vivi o di ultima volontà, coll'obbligo di restituirli ai figli nati e da nascere nel primo grado soltanto de' donatarii. Lo stesso si fece valere per le disposizioni che un fratello privo di prole intendesse fare in vantaggio di un suo fratello o sorella col medesimo obbligo di restituzione ai figli loro nati o da nascere nel primo grado solamente, come stabilì l'articolo 1049 corrispondente al nostro articolo 1004.

* Ora questi sono i due casi indicati nell'art. 1005, ch'ebbe in oggetto di troncar le quistioni, che si facevano nascere per sapere quando

azioni che competono relativamente a ciò a' chiamati sono sottoposte alle prescrizioni ordinarie. Il punto da cui queste prescrizioni cominciano a decorrere risale, conformemente al dritto comune, all'entrata in possesso dei terzi, o alla data degli atti fatti dal gravato, senza che la mancanza di apertura della sostituzione possa impedirne il corso. Del resto, queste prescrizioni sono sospese a favore del chiamati, per le cause ordinarie di sospensione, e principalmente per la minore età di questi ultimi.

Il principio che l'apertura della sostituzione rende i chiamati proprietarii dei beni sostituiti, e li autorizza ad agire contro i terzi che detengono questi beni, o che vi pretendano dritti qualunque, va sottoposto alle restrizioni precedentemente indicate, allorchè la sostituzione siasi aperta per effetto d'una restituzione anticipata, ovvero della decadenza del gravato per abuso di godimento (1).

i figli de' donatarii eran chiamati come figli, e non come eredi, e perciò quando dovessero rispettare o no i pesi imposti dal primo donatario sui beni da restituirsi. La legge risolvendole tutte, dichiara che costoro succedono di proprio dritto, su' detti beni, nè sono tenuti ad alcun peso che il loro padre o madre vi sopraimponessero.

* Era ciò richiesto dalla natura medesima della disposizione; ed anche nella legislazione francese il chiamato succede al disponente e non al gravato. Era lo stesso nella romana. Il gravato, dice Papiniano nella l. 67 pr. ff. *de legatis* 1, cui è stata conceduta la facoltà di scegliersi un successore fra gl'individui della famiglia, invano lo incarica coll'atto di elezione o col suo testamento della prestazione dei legati; poichè costui, dopo ch'è eletto, ha dritto di chiederne i beni in virtù di altro testamento, e si reputerà un creditore, malgrado che l'elettore cambiar potesse l'atto di ultima volontà con cui l'abbia scelto.

* (1) Abbiamo tolto dal testo il seguente § perchè estraneo alle nostre leggi.

« Dell'estensione data dalla legge » francese del 17 maggio 1826 alla » facoltà di sostituire.

« L'unico articolo della legge del » 17 maggio 1826 dice così: « I beni » di cui è permesso di disporre ai » termini degli articoli 913, 915 e » 916 (829, 831 e 832) del Codice » civile, potranno esser donati in » tutto o in parte, per atto tra vi» vi o testamentario, col peso di re» stituirli ad uno o più figliuoli del » donatario, nati o da nascere, fino » al secondo grado inclusivamente. » Saranno osservati, per l'esecuzio» ne di questa disposizione, gli ar» ticoli 1051 (1007) e seguenti del » Cod. civile fino all'art. 1074 (1030) » inclusivamente ».

» Questa legge ha estesa la fa» coltà di sostituire, sotto i tre se» guenti rapporti:

« 1. In quanto essa autorizza le » sostituzioni, non solo a favore dei » nipoti del disponente nati da' suoi » figliuoli, o a favore de' figliuoli » de' suoi fratelli o sorelle, ma al» tresì in favore de' figliuoli di ogni » donatario o legatario, anche e» straneo, ed ancorchè il disponen» te lasci figliuoli, salva soltanto, » in questo caso, l'applicazione del» le regole sulla quota disponibile.

» 2. In quanto permette di stabi» lire il peso della restituzione, non » solo a vantaggio de' figliuoli di » primo grado del donatario o del

DELLE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO, RIGUARDATE SOTTO IL RAPPORTO DEL LORO CONTENUTO, DELLA LORO ESECUZIONE, DEI LORO EFFETTI E DELLE LORO RIVOCAZIONI.

I. DELLE DISPOSIZIONI TRA VIVI.

621 a) Dei beni che possono formare l' oggetto di una donazione tra vivi.—622 b) Delle modificazioni delle donazioni. 1) Delle donazioni condizionali.—623 Continuazione. Specialità sulla riversione convenzionale.—624 2) Delle donazioni sub. modo.—625 3) Delle donazioni rimuneratorie.—626 4) Delle donazioni scambievoli o reciproche.—627 c) Del modo come si acquista la proprietà delle cose donate; ed in particolare della trascrizione delle donazioni d' immobili capaci d' ipoteche.—628 d) Dei diritti del donatario.—629 e) Delle obbligazioni del donatario.—630 f) Della rivocazione delle donazioni tra vivi—Generalità.—630 bis. Specialità. 1). Della rivocazione per causa d' inadempimento dei pesi imposti al donatario.—631 Continuazione. 2) Della rivocazione per causa d' ingratitudine.—632 Continuazione. 3) Della rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli.

621 a. Dei beni che possono formare l'oggetto di una donazione tra vivi.

Le donazioni tra vivi non possono, in generale, aver per oggetto che i beni presenti. Artic. 867.

Debbonsi considerare come tali non solo i beni esistenti nel tempo della donazione, e sui quali il donante abbia un dritto attualmente aperto, ma eziandio le cose future che gli apparterranno se vengano a nascere, ed i beni

» legatario, ma a vantaggio de' suoi » discendenti fino al secondo grado » inclusivamente.

» 3. In quanto non richiede più, » per la validità della sostituzione, » che il peso di restituire sia stabilito a pro di tutti i figliuoli nati o da nascere dal gravato, ed » autorizza le sostituzioni a favore » di uno o di più di questi figliuoli.

» Del rimanente, la legge del 17 » maggio 1826 ha, sotto ogni altro » rapporto, lasciata sussistere la regola del divieto delle sostituzioni. » Adunque, ogni sostituzione che » non sia autorizzata da questa legge è anche oggidì colpita di nullità. Così, sarebbe nulla la disposizione con cui il donatario o il » legatario fosse stato gravato di » restituire i beni ad altri che ai » suoi figliuoli. Così ancora, dovrebbesi riguardare come nulla, e non » già come semplicemente riducibile a due gradi, la disposizione » con peso di restituire a' discendenti del donatario o del legatario fino al terzo o al quarto grado.

» Se il donante o il testatore avesse gravato il donatario o il legatario di restituire i beni, non già » a tutti i suoi figliuoli nati o da » nascere indistintamente, o a qualcuno di essi nominatamente designati, ma a colui o a coloro dei » suoi figliuoli che egli sceglierebbe, il peso della restituzione dovrebb'essere considerato come non » apposto e la donazione o il legato avrebbe il suo effetto come disposizione pura e semplice.

sui quali egli non abbia che diritti subordinati ad una condizione sospensiva. Così, per esempio, una donazione tra vivi può avere per oggetto il prodotto della vendemmia d'un pezzo di vigna che s'appartenga al donante, o di cui egli abbia il godimento a titolo, sia di usufrutto, sia di affitto (1). Così ancora, una donazione può versare sulla parte degli utili che il donante potrà ritrarre da una società in cui egli sia interessato (2). Per contrario, i beni sui quali il donante non abbia che una semplice aspettativa, quali sarebbero quelli che egli potrà esser chiamato a raccogliere in una successione non ancora aperta, non possono essere riguardati come beni presenti, e non potrebbero per conseguenza formare l'oggetto d'una donazione tra vivi.

Le donazioni di somme di danaro debbono essere considerate come donazioni tra vivi di beni presenti, anche quando il pagamento di tali somme sia stato rimandato alla morte del donante (3), eccetto se le clausole degli atti e le circostanze in cui essi sieno stati fatti ripugnino all'idea di uno spossessamento attuale da parte di quest'ultimo (4). Quanto alle donazioni di somme di danaro da prendersi sui beni che il donante lascerà nel tempo della sua morte, esse debbono, in generale, essere riguardate come donazioni di beni futuri (5), eccetto se risulti dalle clausole e dalle circostanze, che tali donazioni abbiano avuto luogo con attuale spossessamento. La promessa che facesse il donante di pagar gl'interessi della somma donata, la stipulazione di una ipoteca per sicurezza del pagamento di questa somma, ed in fine la riserva di usufrutto o del diritto di riversione, sarebbero al-

(1) Duranton, XII, 459.

(2) Duranton VIII, 460.

(3) La circostanza che il pagamento della somma donata non debba aver luogo che dopo la morte del donante, non toglie che egli si trovi debitore attuale ed irrevocabile di questa somma, e che quindi vi sia spossessamento da parte sua a favore del donatario. Duranton, VIII, 23 e 457, IX, 730, Coin Delisle, sull'art. 814, n. 31; Tessier, *della Dote*, I, 57, nota 13; Bordeaux, 5 luglio 1839, Sir, XL, 2, 103.

(4) Confr. Ric. rig., 15 luglio 1835, Sir., XXXVI, 1, 153.

(5) Questa ipotesi è ben differente dalla precedente, in quantochè le espressioni: *da prendersi su' beni che il donante lascerà*, indicano che costui non ha inteso di obbligarsi personalmente, e non ha voluto conferire al donatario altro diritto, salvochè quello di prelevare, essendovene il caso, sulla sua eredità l'ammontare della somma donata. Dur., VIII, 458. Rouen, 5 marzo 1835, Sir., XXXIV, 2, 582. Ric. rig., 5 novembre 1839. Sir., XXXIX, 1, 545, Civ. rig., 25 giugno 1839. Sir., XXXIX, 1, 844. Confr. Civ. cass., 8 luglio 1822, Sir., XXII, 1, 433; Lione, 13 luglio 1831, Sir., XXXII, 2, 173. Somiglianti donazioni, benchè nulle come donazioni tra vivi, sono valide come istituzioni contrattuali, allorchè esse sieno fatte per contratto di matrimonio a vantaggio di uno dei futuri coniugi.

tendante circostanze indicative di tale spossessamento (1).

Una donazione tra vivi può avere per oggetto, sia determinati beni individualmente designati, sia tutti i beni presenti del donante complessivamente indicati, o una parte aliquota di questi beni. Da ciò la distinzione che si ha il costume di stabilire tra le donazioni particolari, e le donazioni universali o a titolo universale (2).

Queste due specie di donazioni sono, in generale, sottoposte alle stesse regole, e producono gli stessi effetti. Così, le donazioni universali debbono, come le donazioni particolari essere sottoposte alla trascrizione prescritta dall'art. 863, allorchè esse versino sopra immobili suscettivi d'ipoteche. Così ancora, è d'uopo, quanto alle cose mobili che esse comprendano, uniformarsi alla disposizione dell'art. 872. Da un altro canto, il donatario universale non è, al pari del donatario particolare, che un successore particolare, e non trovasi per conseguenza sottoposto di pieno dritto all'obbligo di pagare i debiti del donante.

622 b. Delle modificazioni delle donazioni. — Delle donazioni condizionali.

Il donante; il quale può apporre alla donazione quelle condizioni che egli stimi convenevoli, purchè sieno possibili e lecite, è soprattutto autorizzato a subordinare l'esistenza o la risoluzione della sua disposizione alla condizione della sopravvivenza (3)

(1) Ric. rig., 22 aprile 1817, Sir., XVIII, 1 52. Rouen, 9 dicembre 1825, Sir., XXVI, 2, 244. Riom 25 febbraio 1825, Sir., XXVII, 2, 26. Parigi, 27 dicembre 1834, Sir., XXXV, 2, 166. Conf. altresì le decisioni citate da Championniere e Rigaud, *Trattato de' dritti di registratura*, III, 2965. Vedi nondimeno: Civ. rig., 29 dicembre 1823, Sir., XXVI, 1, 106: Ric. rig., 15 luglio 1835, Sir., XXXVI, 1, 153.

(2) La qualificazione di donazioni universali o a titolo universale non conviene, a parlar propriamente, che alle donazioni di beni futuri, o di beni presenti e futuri fatte per contratto di matrimonio. Di fatti, il Codice civile, il quale distingue le disposizioni testamentarie in legati universali, a titolo universale, ed a titolo particolare, non estende questa distinzione alle donazioni tra vivi.

(3) Arg. *a contrario*, art. 868. La condizione sospensiva della sopravvivenza del donatario, apposta ad una donazione tra vivi, non la fa degenerare in donazione a causa di morte, e non deve per conseguente produrne la nullità. Di fatti, il carattere distintivo ed essenziale delle donazioni a causa di morte consiste nella rivocabilità; ed è cosa evidente che la condizione di cui si tratta non rende la donazione rivocabile a grado del donante. D'altronde, questa condizione non forma ostacolo allo spossessamento attuale del donante, nel senso dell'art. 814. Di fatti, vi ha spossessamento attuale, tostochè il donante si trovi, pel risultamento immediato della donazione, privato della facoltà di annientare o di modificare, mercè nuove disposizioni, i diritti conferiti al donatario. La circostanza che questi diritti si trovino subordinati ad una condizione sospensiva non ha influenza riguardo a ciò; perciocchè l'adempimento della condizione ha un effetto re-

o della premorienza del donatario (1). Egli può, a maggior ragione, stipulare che la donazione non avrà effetto se non in quanto egli succumberà alla malattia da cui trovasi colpito, ovvero che i beni donati ritorneranno a lui nel caso in cui guarirebbe da tale malattia (2).

Per eccezione a' principii generali del dritto (3), il donante non può, sotto pena di nullità

troattivo al giorno della donazione, e produce l'annientamento degli atti coi quali il donante avesse, nell' intervallo disposto, de' beni donati. Duranton, VIII, 480. Brusselles, 27 marzo 1833, Sir., XXXIV, 2, 111. Vedi in senso contrario: Grenier, I, 8. Confr. Ric. rig., 29 dicembre 1823, Sir., XXIV, 1, 106.

(1) Confr. su questa condizione risolutiva: § 623.

(2) In somigliante caso, la donazione non diverrebbe caduca per la premorienza del donatario. E questa una ragione di più per non considerarla come una donazione a causa di morte; poichè il proprio delle disposizioni di siffatta specie è lo svanire, allorchè la persona gratificata muoia prima del disponente. Duranton, VIII, 478 a 479. Vedi in senso contrario: Grenier, I, 8.

(3) Se le convenzioni sono, in generale, irrevocabili, in questo senso, che una delle parti non può sciogliersi senza il consenso dell' altra, e se da un altro canto ogni obbligazione contratta sotto una condizione che ne faccia dipendere il legame dalla sola volontà di colui che si obbliga; è nulla; nondimeno è permesso alle parti lo stipulare che la convenzione potrà, in determinati casi, essere risoluta unilateralmente, come altresì il subordinare l'esistenza ad una condizione, il cui adempimento dipenda dalla volontà di una di esso. Non vi ha, in pura teoria, alcuna ragione per allontanarsi, in materia di donazioni tra vivi, da questi principi, i quali, giusta la natura delle cose, sembrano anche più specialmente adattabili agli atti di pura liberalità. Di fatti, il diritto romano li applicò senza difficoltà agli atti di questa specie. Conf. L. 37, § 3, D. *de Leg.* 3, 32. Ma le nostre consuetudini li hanno rigettati quanto alle donazioni tra vivi, posando come regola fondamentale la massima: « Non vale donare e ritenere ». Confr. Consuetudine di Parigi, art. 273 e seg.; Consuetudine di Orléans, art. 278 e seg. Questa massima venne consacrata, con tutte le sue conseguenze, dagli art. 15 e 16 dell' ordinanza del 1731, le cui disposizioni si trovano quasi letteralmente trascritte negli art. 867 ad 870 del Codice civile. Del resto, ecco come Pothier: *delle Donazioni tra vivi*, sez. II, art. 2 spiega l' origine della regola di cui si tratta: « Lo spirito del nostro dritto francese inclina a far rimanere i beni nelle famiglie ed a farli passare agli eredi. Con questo scopo, siccome non potevansi spogliare i particolari del diritto che ciascuno ha naturalmente, di disporre di ciò che gli appartiene, e per conseguenza di donare tra vivi, così le nostre leggi hanno giudicato a proposito, conservando ai particolari questo diritto, di mettere non pertanto un freno che ne rendesse loro l' esercizio più difficile. Per tal cagione, esse hanno ordinato che nessuno possa validamente donare se non si spossessi, fin dal tempo della donazione, della cosa donata, e se non si privi per sempre della facoltà di disporne, acciocchè l' attaccamento naturale che si ha a ciò che si possiede e l' abborrimento che si ha per lo spossessarsi, distogliessero i particolari dal donare ».

della donazione, subordinarla ad una condizione sospensiva o risolutiva, che lasci a lui o direttamente o indirettamente il potere, sia di rivocarla, sia di neutralizzarne o di restringerne l'effetto (1). Art. 868. Così, è nulla la donazione fatta sotto la condizione che essa resterà senza effetto, nel caso in cui il donante prendesse il tale stato o contraesse matrimonio (2). È lo stesso

Vedi altresì: Grenier, *Discorso storico*; Toullier, V, 214 e seg.; Dalloz, *op. cit.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. V, n. 10. Dalle cose premesse risulta, che le disposizioni degli art. 867 ad 870 si allontanano dalle regole ordinarie intorno alle convenzioni, e che l'art. 868 in particolare, il quale proibisce di stipulare nelle donazioni tra vivi alcune condizioni che si possono validamente apporre ad una convenzione ordinaria, non dev'essere considerato come contenente una semplice applicazione del principio stabilito dall'art. 1127. La disposizione che esso contiene è più rigorosa, ed ha una estensione più grande di quella di quest'ultimo articolo. Ciò che non lascia alcun dubbio a tal riguardo, si è, che l'art. 871 dichiara questa disposizione inadattabile alle donazioni fatte per contratto di matrimonio, e nondimeno è certo che la regola stabilita dall'art. 1127 appartiene talmente all'essenza delle convenzioni, che non è suscettiva di alcuna eccezione nè modificazione. Adunque Duranton VIII, 717, il quale rannoda alla regola: *Nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit*, la massima del dritto francese: « non vale donare e ritenere », ha disconosciuto il senso di questa massima.

(1) In tal guisa si sono sempre intese le espressioni dell'art. 868: « condizioni, la cui esecuzione dipende dalla sola volontà del donante » espressioni che i compilatori del Codice hanno tolte a prestito dall'art. 16 dell'ordinanza del 1731.

(2) È cosa evidente; che la donazione fatta sotto la condizione sospensiva ed affermativa: *se io mi mariti*, ovvero, *se io abbracci il tale stato*, sarebbe nulla; perchè il donante resterebbe in arbitrio, facendo mancare la condizione, di annientare l'effetto della disposizione. Deve essere lo stesso della donazione fatta sotto la condizione sospensiva, ma negativa: *se io non mi marili*, ovvero, *se io abbracci il tale stato*; e della donazione fatta sotto la condizione risolutiva: *se io mi marili, o abbracci il tale stato*. Per sostenersi il contrario, può dirsi, che non dipende dalla sola volontà del donante il maritarsi, e neppure lo abbracciare un dato stato, e che quindi ei non sia interamente l'arbitro di far verificare la condizione risolutiva di cui si tratta. Ma non bisogna arrestarsi a tale obiezione. Adoperando le parole: « dalla sola volontà del donante », il legislatore sembra d'aver voluto indicare che una condizione, la quale quest'ultimo non potesse adempire o far mancare se non col concorso della volontà, sia del donatario, sia di un terzo determinato, non vizierebbe la donazione. D'altronde, restringendo l'applicazione dell'art. 868 alle condizioni che il donante fosse, in un modo assoluto, l'arbitro di far verificare o di far mancare pel solo effetto della sua volontà, si renderebbe questo articolo pressochè illusorio, almeno per quanto concerne le condizioni affermative, perchè, ad eccezione di quelle che facessero dipendere dal puro arbitrio dell'obbligo il legame medesimo dell'obbligazione sarebbe difficile di immaginarne una la cui

della donazione colla quale il donante si avesse riservata la facoltà di disporre ulteriormente dei beni donati. Se il donante si avesse riservata solamente la facoltà di disporre, sia di una o più cose comprese nella donazione, sia di una somma fissa da prendersi sui beni donati, la donazione varrebbe pel dippiù (1). Quanto alla somma o alle cose, alle quali si applicasse la riserva, esse si apparterrebbero, malgrado ogni stipulazione contraria, agli eredi del donante, eccetto se costui ne avesse di nuovo disposto a vantaggio del donatario o di terze persone. Art. 870.

Bisogna assimilare alle condizioni della natura di quelle che abbiamo ora indicate, il peso imposto al donatario di soddisfare, in tutto o in parte, i debiti futuri e non determinati che il donante potesse contrarre. Adunque, la donazione sotto un somigliante modo sarebbe nulla (2). Ma niente impedisce che il donatario venga gravato di soddisfare tutti i debiti presenti del donante; ed in questo caso, la donazione non sarebbe valida, anche quando il donante non avesse esibito e fatto alligare all' atto uno *stato* particolarizzato dei suoi debiti (3). Il donatario può ancora sottomettersi all obbligo di pagare debiti o pesi futuri, ma determinati, quali sarebbero, per esempio, le spese funebri del donante (4). Art. 869.

Del rimanente, le disposizioni degli art. 868, 869 e 870 non si applicano alle donazioni fatte per

esecuzione non potesse essere attraversata da qualche circostanza indipendente dalla volontà del donante. Per tal guisa, neppure la condizione: *Se io vada a Parigi*, che tutti nondimeno considerano come soggiacente all' applicazione dell' art. 868, non dipende in un modo assoluto dalla mia volontà. Convien dunque, onde interpetrare quest' articolo *civiliter*, e secondo lo spirito del principio di cui è l' espressione, applicarlo a tutte le condizioni, che nel corso ordinario delle cose, il donante è l' arbitro di far verificare o mancare. Or la condizione di abbracciare il tale stato o di maritarsi va compresa evidentemente in questa classe. Bourjon, *Dritto Comune*, lib. IV, tit. IV, cap. 1, sez. II, n. 9. Ricard, parte I, cap. IV, sez, II, dist. 2, n. 1038. Grenier, I, 11 e seg. Confr. nondimeno: Toullier, V, 270 e seg.; Duranton, VIII, 477. Del resto, risulta dalle precedenti spiegazioni, che la condizione; *se io sposi la tale persona determinata*, non vizierebbe la donazione.

(1) Confr. Parigi, 23 gennaio 1809, Sir., XII, 2, 353,

(2) Civ. cass., 17 termidoro anno VII, Sir., I, 1, 235.

(3) Grenier, I, 47, Duranton, VIII, Grenoble, 8 maggio 1835, Sir., XXXV, 2, 554. Del resto, il donatario, gravato di tutti i debiti presenti del donante, è tenuto a soddisfare solamente quelli di cui l' esistenza nel giorno della donazione sia legalmente comprovata riguardo a lui. Così, egli non può, in generale, e salvo il caso in cui avesse avuta conoscenza della loro esistenza, negarsi al pagamento de' debiti i quali non fossero comprovati che con atti privati non aventi data certa anteriore alla donazione. Grenier e Duranton, *luoghi cit.*

(4) Grenier, V, 49. Duranton, VIII, 483.

contratto di matrimonio. Articolo 874.

Gli effetti delle condizioni possibili o lecite, annesse ad una donazione tra vivi, si determinano secondo i principii generali che regolano le obbligazioni condizionali.

623. Continuazione. — Specialità sulla riversione convenzionale.

* Il donante potrà stipulare la riversione delle cose donate per se e suoi eredi, nel caso che il donatario morisse senza prole in qualunque tempo (1). Il donante inoltre potrà stipulare la riversione a prò degli eredi del donante nel solo caso che il donatario morisse senza lasciar prole.

* (1) Questo dritto di riversione trae origine dalla legge 6 ff *de jure dotium* che concerneva particolarmente la dote costituita dal padre alla sua figliuola, e dalla l. 2. Cod. *de bonis quae lib.*, che poteva applicarsi ad ogni sorta di liberalità esercitata dagli ascendenti a vantaggio de' loro figli. La legislazione attuale ammette due specie di riversione; l'una legale, che ha luogo di pieno dritto senza convenzione, è ammessa solo in favore degli ascendenti donanti, e si opera a titolo di successione, i di cui principii sono fissati nell'art. 670 delle nostre Leggi. L'altra riversione è la convenzionale, che può essere stipulata in ogni specie di donazione e per parte di qualunque donante: il nostro art. 876 ne regola la facoltà, e l'art. 877 ne determina l'effetto; come ne' corrispondenti articoli del Cod. civ. 951 e 952 (876 e 877).

* Vedremo nelle note e nel testo di sopra su questa materia qual sia la riversione convenzionale, e come il Codice civile abbia dovuto limitar questo dritto in modo da non pregiudicare le disposizioni proibitive delle sostituzioni fedecommessarie, poichè sotto colore di riversione, si sarebbe potuto sostituir per fedecommesso i proprii eredi ai donatarii. Noi abiamo adottati gli stessi stabilimenti, ammettendo potersi stipulare la riversione a favore della persona del donante soltanto, qualora premorisse il donatario. Ma si è fatta coll'art. 875 un'eccezione colla quale si è permesso il patto riversivo anche a prò degli eredi del donante nel solo caso che il donatario morisse senza lasciar prole. Si vuole che differisca un tal caso dalla sostituzione fedecommessaria, perchè tal patto non è in favore di determinate persone nè può rappresentarsi senza qualità ereditaria; ma è a favore degli eredi in generale, ancorchè estranei. Ciò non ostante vi si è voluto d'alcuni scrittori ravvisare una disposizione col peso di conservare e restituire che darebbe luogo all'applicazione dell'art. 896; e tal sarebbe anche tra noi senza il nuovo art. 875 che n'eccettua questo caso. Tale eccezione riguarda in prima la persona del donante, e si estende anche dopo la morte del medesimo, polchè la legge dice *in qualunque tempo*, purchè muoja il donatario senza prole. Verificata questa condizione gli eredi del donante potranno esercitar l'azione che nasce dal patto riversivo così stipulato. Ove poi la stipulazione non abbracciasse la persona del donante, ma si fossero contemplati i soli suoi eredi, noi pensiamo che incontrerebbe la proibizione della legge per le sostituzioni fedecommessarie; nè potrebbe aver la guarentigia di questo articolo che la permette solo quando sia contemplata la persona del donante e dei suoi eredi, come l'indica la particella copulativa e. Essendo questa una eccezione al principio generale proibitivo delle sostituzioni fedecommessarie, è perciò da interpetrarsi nel suo stretto senso e rigorosamente.

ne delle cose donate, tanto nel caso che premuoia il donatario solo, quanto nel caso che premuoiano il donatario ed i suoi discendenti.

La riversione convenzionale non può essere stipulata che a vantaggio del solo donante laddove si è nel caso dell'art. 876. Se fosse stata stipulata cumulatamente a favore del donante e dei suoi eredi o di un terzo, la clausola sarebbe reputata non iscritta quanto a questi ultimi; ma essa non recherebbe veruna offesa alla donazione, e sortirebbe, essendone il caso, il suo effetto a vantaggio del donante. Che se la riversione fosse stata unicamente riservata a pro degli eredi del donante o di un terzo, la disposizione intera sarebbe nulla, come contenente una sostituzione fedecommessaria.

Il dritto di riversione non ha luogo, quali che sieno i caratteri della donazione ed i rapporti che esistano tra le parti, se non quando sia stato riservato dal donante (1). Così, le donazioni in anticipazione di eredità non possono, più che ogni altra donazione, essere, di pieno dritto, reputate fatte sotto la riserva del dritto di riversione (2). È lo stesso delle divisioni fatte da ascendenti per atti tra vivi (3). Nondimeno, non è necessario per la esistenza del dritto di riversione, che il donante l'abbia riservato con una clausola speciale dell'atto di donazione. Siffatta riserva può risibile onde distinguere, per quanto concerne questo diritto, tra le donazioni per anticipazione di eredità e le disposizioni fatte a titolo di precapienza. Delvincourt, II, 493. Vazeille, *delle Donazioni*, sull'art. 876, n. 6. Fouet de Conflans, *Spirito della giurisprudenza delle successioni*, sull'art. 670, n. 4. Nimes, 14 maggio 1819. Sir., XX, 2, 38. Grenoble, aprile 1829, Sir., XXX, 2, 306. Bordeaux, 19 luglio 1831, Sir., XXII, 2, 59. Montpellier, 4 dicembre 1835, Sir., XXXVI, 2, 316. Limoges, 16 gennaio 1841, Sir., XXXI, 2, 185. Confr. altresì: Nimes, 20 agosto 1808, Sir., X, 2, 563; Montpellier, 22 giugno 1829, Sir., XXIX, 2, 315. Queste due decisioni hanno egualmente decisa la quistione nel senso contrario alla nostra opinione, ma per applicazione dell'art. 74 della legge del 17 nevoso anno II.

(1) Per la sola ragione che il diritto di riversione, come ogni condizione risolutiva, è in opposizione col principio dell'irrevocabilità delle donazioni tra vivi, non si può, in mancanza di ogni dichiarazione o manifestazione di volontà da canto delle parti, supplire o sottintendere la riserva di questo diritto.

(2) La donazione fatta per anticipazione di eredità spoglia il donante ed investe il donatario in un modo del pari irrevocabile che una donazione fatta a titolo di precapienza. Se essa differisce dalle disposizioni di questo ultima specie, non ne differisce già quanto agli effetti che essa produce fra le parti, ma unicamente per quanto concerne l'obbligo della collazione, al quale il donatario può essere sottoposto verso i suoi coeredi. Or siccome il diritto di riversione non ha alcuna connessione con quest'obbligo, e si rannoda unicamente agli effetti della donazione fra le parti, così non havvi ragione plau-

(3) Montpellier, 11 gennaio 1833, Sir., XXXIII, 2, 313.

sultare implicitamente dal complesso delle clausole di tale atto (1).

Allorchè il dritto di riversione sia stato stipulato pel caso di premorienza del donatario, senza altra spiegazione, l'avveramento di questa condizione vi dà apertura, quantunque il donatario lasci figli (2). Che se un tale dritto sia stato riservato pel caso di premorienza del donatario e dei suoi figli o discendenti, esso non si apre che per la premorienza al donante di tutti i figli o discendenti del donatario. In fine, allorchè il dritto di riversione sia stato stipulato pel caso di premorienza del donatario senza figli, l'esistenza di figli alla morte del donatario estingue siffatto diritto, il quale non rivive nel caso di morte di questi figli prima del donante (3). ** Se non che dovrebbesi diversamente decidere se la riversione fosse stata stipulata ai sensi dell'art. 875.

Nelle due ultime ipotesi, l'esistenza di un figlio naturale o di un figlio adottivo, di cui il riconoscimento (4), o l'adozione sia posteriore alla donazione non

(1) Ric. rig., 20 giugno 1831, Sir., XXXI, 1, 294. La clausola con la quale un ascendente donante siasi riservato, essendone il caso, il diritto di riversione, senz'altra addizione nè spiegazione, od ancora il diritto di riversione legale, può intendersi, anche riguardo a' terzi, della riversione convenzionale in caso di premorienza del donatario solo, o secondo le circostanze, del donatario e dei suoi discendenti. Nimes, 26 marzo 1827, Sir., XXXVII, 2, 211. Ric. rig., 7 agosto 1839, Sir., 1, 572.

(2) Una somigliante stipulazione indica che alla persona del solo donatario il donante ha voluto fare una liberalità. Toullier, V, 286. Conf. nondimeno: Grenier, I, 32.

(3) Non si potrebbe, in questa ipotesi altrimenti, ammettere il diritto di riversione, che estendendolo ad un caso al quale non si applicano parole della clausola che ha avuto l'oggetto di stabilirlo. Or la natura eccezionale di questo diritto non permette di estenderlo da un caso ad un altro. Toullier, V, 286. Delvincourt, sull'art. 876. Duranton, VIII, 491.

(4) Duranton, VIII, 488. Vazeille, *delle Donazioni e de' testamenti*, sull'art. 876, n. 5. Delvincourt, sull'art. 876. Per sostenersi il contrario, si potrebbe dire che l'esistenza di un figliuolo naturale debba parzialmente fare ostacolo all'apertura della riversione convenzionale, come tale esistenza impedisce parzialmente l'esercizio della riversione legale a vantaggio dell'ascendente donante. Ma questa assimilazione tra le due specie di riversione mancherebbe interamente di esattezza. Di fatti, l'ascendente donante non esercitando il suo dritto di riversione che a titolo di successione, l'esercizio di questo diritto non può aver luogo che tra' limiti ne' quali trovasi ristretto per la esistenza delle persone a cui competano ugualmente diritti successorî; e siccome il figliuolo naturale deve, giusta l'art. 674, ricevere una parte aliquota di ciò che egli prenderebbe se fosse legittimo, così si perviene forzosamente alla conseguenza, che la sua esistenza impedisce, nella proporzione del suo diritto, l'esercizio della riversione legale dell'ascendente. Tutt'altrimenti avviene quando si tratti di riversione convenzionale; perchè questa riversione essendo fon-

forma ostacolo al dritto di riversione. Altrimenti sarebbe della esistenza di un figlio naturale legittimo per susseguente matrimonio. Arg. art. 255.

La condanna all'ergastolo del

donatario, ovvero, secondo il caso, dei suoi figli o discendenti, dà apertura al dritto di riversione, del pari che la loro morte naturale (1). Reciprocamente, la condanna all'ergastolo del donan-

data sopra una clausola della donazione, non potrebbevi esser quistione di bilanciare il diritto convenzionale del donante col diritto di successione del figliuolo naturale. Tutto riducesi a sapere, se la condizione sotto la quale fosse stato stipulato il diritto di riversione siasi o no effettuata; e per la soluzione di siffatta quistione, è mestieri, in mancanza di spiegazioni precise da canto delle parti, attenersi alla loro intenzione probabile. Art. 1128. Or non è punto verosimile, che l'avvenimento della sopravvegnenza di un figliuolo naturale al donatario, o del riconoscimento di un figliuolo naturale nato prima della donazione, sia entrato ne' prevedimenti delle parti e soprattutto del donante, come dovente fare ostacolo al diritto di riversione. Non si può di fatti ammettere, che il donante abbia inteso di abbandonare l'effetto della clausola di riversione al piacimento, o alla discrezione del donatario; e questo nondimeno avverrebbe, fino ad un certo punto, se quest' ultimo, mediante il menzogniero riconoscimento di un figliuolo naturale, riconoscimento, di cui il più sovente sarebbe impossibile di provare la falsità, potesse paralizzare l'esercizio del diritto di riversione. D'altronde, è contrario a' principii ed alla natura stessa delle cose il considerare una condizione come parzialmente adempiuta, e come parzialmente mancata. È forza dunque ammettere, o che l'esistenza di un figliuolo naturale, riconosciuto dopo la donazione, non faccia, neppure parzialmente, ostacolo all'esercizio del diritto di riversione, o che impedisca in un modo assoluto l'apertura di questo dritto. Or quest' ultimo risultamento, giusta il quale gli ascendenti o i collaterali del donatario potrebbero essere chiamati a raccogliere una parte de' beni formanti l'oggetto della donazione, sarebbe contrario alla intenzione del donante, il quale, stipulando il diritto di riversione, ha chiaramente manifestata la volontà di escluderli da ogni partecipazione a questi beni. L'esistenza di un figliuolo naturale, riconosciuto dal donatario lin prima della donazione, sembra che debba impedire, in un modo assoluto, l'apertura del diritto di riversione, almeno allorché il donante avesse avuta conoscenza di questo fatto.

(1) Delvincourt, II, 492. Toullier, V, 291. Grenier, I, 39. Vazeille, sull' art. 876, n. 8. Pouiol, sull' art. 876, n. 4. Duranton VIII, 490 insegna il contrario, fondandosi sulla legge 121, D. *de verb. oblig.* 45, 1, secondo la quale il caso di morte, preveduto ne' contratti, deesi intendere solamente della morte naturale, e sull' art. 1854 del Codice civile, il quale avrebbe, secondo questo autore, consacrata la disposizione della citata legge. Noi abbiamo più risposte a dare a siffatta opinione: 1. La legge romana, di cui si tratta, è relativa ad un caso di *media capitis diminutio:* ed andrebbesi incontro a gravi errori, applicandosi senza distinzione le regole concernenti questo cangiamento di stato alla morte civile del diritto francese. 2. La quistione di sapersi, se il

le estingue, come la sua morte naturale il dritto di riversione (1).

Il donante può, anche prima dell'apertura del dritto di riversione (2), rinunziare espressamente o tacitamente all'esercizio di

prevedimento della morte nel contratti s'intenda della morte civile al pari che della morte naturale, era stata discussa dagli antichi autori, soprattutto alla occasione della precapienza convenzionale fra coniugi. Confr. Pothier, *della Comunione*, n. 443. I compilatori del Codice civile hanno troncata questa controversia, decidendo nell' articolo 1517 *(franc.)* che la morte civile darebbe, come la morte naturale, apertura alla precapienza. Mercè questa soluzione, essi hanno, se non rigettata in un modo assoluto la regola: *Mortis appellatio intelligitur de naturali, non de civili*, almeno dato ad intendere che non dovesse altri farsene preoccupare nè arrestarsi ad essa, per la interpetrazione delle clausole di un contratto. L'art. 1009, secondo il quale la morte civile dà incontrastabilmente apertura alle sostituzioni, mena alla stessa conseguenza. A fronte di queste due disposizioni, l'induzione che Duranton crede di poter trarre dall' art. 1854 perde tutta la sua forza, tanto più che nel contratto di rendita vitalizia la morte del creditore o del terzo sulla testa del quale la rendita sia costituita, è indicata, non già come una condizione, ma come un termine finale; cosa, la quale è affatto differente; e che la natura speciale di questo contratto non permette di generalizzare le regole che lo reggono. 3. Le condizioni debbono essere intese secondo la verosimile intenzione delle parti. Gli è cosa evidente, che stipulando il dritto di riversione, il donante vuole impedire che i beni donati possano, lui vivente, passare per diritto di successione agli eredi del donatario; e ci metteremmo direttamente in opposizione con questa volontà, decidendo che la morte civile del donatario o de' suoi discendenti non dia apertura alla riversione convenzionale; perchè, secondo questo sistema, i beni donati passerebbero, vivente il donante, agli eredi o successori universali del donatario. Confr. altresì la nota seguente.

(1) Conf. la nota precedente. Vedi in senso contrario: Duranton, VIII, 490. E qui soprattutto si appalesa la fallacia delle idee di Duranton sulle conseguenze della morte civile in materia di riversione convenzionale. Di fatti, se, come egli lo pretende, questa riversione dovesse, malgrado la morte civile del donante, aprirsi nella ipotesi in cui questi sopravvivesse fisicamente al donatario, la disposizione del secondo comma dell'art. 876, giusta la quale la riversione non può essere stipulata che a vantaggio del solo donante, troverebbesi di fatto eliminata in questa ipotesi; perciocchè allora la riversione si aprirebbe a vantaggio e nella persona de' suoi eredi. Or questa disposizione è conceputa in termini troppo assoluti, perchè sia possibile di restringerne l'applicazione.

(2) Indarno invocherebbesi, per sostenere il contrario, la massima: *Quod quis, si velit, habere non potest, et renuntiare non potest*. Questa massima, esatta quando trattasi di eventualità puramente legali, quali sarebbero, per esempio, delle speranze di successione o una prescrizione non ancora compiuta, non si applica punto a' diritti condizionali fondati sopra una convenzione. I diritti di questa natura esistono come tali anche prima dell'avvenimento della condizione, e sono suscettivi di formare l'oggetto di una rinunzia come di una cessione. Vedi altresì l'arresto citato nella nota seguente.

questo dritto (1). Il suo concorso alla vendita dei beni donati importa, in generale, rinunzia al dritto di riversione, non solo nell'interesse del compratore, ma bensì in quello del donatario. Per contro, il concorso del donante in una costituzione d'ipoteca fatta dal donatario non importa, di sua natura, rinunzia al dritto di riversione che ha in favore del creditore ipotecario.

L'apertura del dritto di riversione opera la rivocazione della donazione *ex tunc*, vale a dire, con effetto retroattivo. Essa dunque produce la conseguenza di risolvere le alienazioni dei beni donati fatte dal donatario o dai suoi figli, e di far ritornare questi beni al donante franchi e liberi da tutti i pesi ed ipoteche imposte da questi ultimi o dai terzi acquirenti. Art. 877. Non per tanto, gli eredi del donatario, o, secondo i casi, dei suoi figli, non sono tenuti a restituire i frutti e le rendite percepite dai loro autori (2).

Per eccezione al principio che abbiamo ora stabilito, gl'immobili donati per contratto di matrimonio al futuro marito, sotto la riserva di un dritto di riversione, rimangono, malgrado la rivocazione della donazione, affetti dalla ipoteca legale della moglie, per la dote e per le convenzioni matrimoniali (3), le quali non si trovassero sufficientemente garentite da' beni personali del marito. Artic. 877. Nondimeno, questa eccezione non sarebbe adattabile, se il donante avesse, con una clausola speciale, stipulato che, in caso di riversione, i beni donati non sarebbero sottoposti all'ipoteca sussidiaria della moglie (4). Da un altro canto, costei non è ammessa a pre-

(1) Il padre, il quale dopo di aver fatta ad uno de' suoi figliuoli una donazione in anticipazione di eredità con riserva del diritto di riversione, abbia compresi i beni così donati in una divisione anticipata, a cui egli abbia dappoi proceduto, dev'essere considerato di avere tacitamente rinunziato al suo diritto di riversione, soprattutto allorchè la quota assegnata al figliuolo donatario in anticipazione di eredità non si componga de' medesimi beni che formavano l'oggetto della sua donazione. Civ. cass., 19 gennaio 1836, Sir., XXXVI, 1, 518.

(2) Arg. art. 887 ed 883, comma 2. Delvincourt, sull'art.877. Toullier, V, 294, 339 e 340. Duranton, VIII, 492.

(3) La disposizione dell'art. 870 relativa alla ipoteca sussidiaria della moglie, essendo di natura eccezionale, non è suscettiva di essere estesa al di là delle parole colle quali è concepita. Adunque, questa ipoteca sussidiaria dev'essere ristretta alla dote ed alle convenzioni matrimoniali, e non potrebb'essere estesa a tutti i crediti indistintamente che la moglie possa avere contro il marito.

(4) Una somigliante stipulazione, la quale rientrerebbe nei principii del dritto comune, non potrebb'essere considerata come contraria alla disposizione speciale dell'art. 877. Di fatti, questa disposizione è fondata sul riflesso che la moglie e la sua famiglia hanno potuto, non ostante la stipolazione della riversione, far conto sulla donazione, per

valersi di tale garentia, quando l'insufficienza della sua ipoteca legale ordinaria provenga, sia dalla sua rinunzia espressa o tacita ad una parte dei suoi dritti ipotecarii sui beni personali del marito, sia dalla mancanza di iscrizione nelle circostanze in cui l'adempimento di questa formalità fosse divenuta necessaria (1).

L'azione di restituzione dei beni donati, la quale compete al donante contro il donatario o i suoi figli e loro eredi, non si prescrive che con trent'anni; e questa prescrizione non comincia a decorrere che dal giorno dell'apertura del dritto di riversione. Art. 2168, comb. art. 2163, comma 1. Quanto all'azione di rivendicazione, competente al donante contro i terzi detentori dei beni donati, essa si prescrive indirettamente a vantaggio di costoro colla prescrizione acquisitiva, la quale, nel caso ancora in cui il diritto di riversione non fosse per anche aperto, comincia a decorrere dal giorno in cui essi se ne sieno messi in possesso, e si compie o con trent'anni a contare da tale giorno, o altresì con dieci ovvero venti anni, allorchè posseggano di buona fede ed in virtù d'un giusto titolo (2).

624 2. Delle donazioni *sub modo*.

Intendesi per modo (*hoc sensu*) (3), ogni peso annesso ad una disposizione a titolo gratuito, sia che esso riguardi l'impiego o la destinazione che dovranno avere le cose donate, sia che esso consista in una prestazione il cui adempimento fosse imposto alla persona gratificata, nell'interesse del disponente medesimo o di un terzo (4). Se l'impiego delle

assicurare, in ogni evento, la restituzione della dote e l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali. Or siccome questa supposizione diviene impossibile, allorchè, nello stesso contratto di matrimonio, il donante stipuli formalmente, che, in caso di riversione, i beni donati non resteranno annessi alla garentia de' diritti della moglie, è evidente che la clausola di cui si tratta fa disparire la presunzione o la considerazione di fatto sulla quale è fondata la disposizione dell' art. 877, e che per conseguenza essa non è incompatibile con questa disposizione. Grenier, I, 38. Toullier, V, 289.

(1) Nell'uno e nell'altro caso, l'insufficienza dell' ipoteca legale sui beni personali del marito è il risultamento di un fatto, il quale, riguardo al donante, è legalmente imputabile alla colpa della moglie, e le conseguenze del quale debbono per questa ragione rimanere estranee al donante. Grenier, I, 37, Toullier, V, 290. Delvincourt, II, 494.

(2) Duranton, VIII, 496; Troplong, *della Prescrizione*, II, 798. Per contrario, Vazeille *della prescrizione*, II, 521 insegna che la prescrizione non cominci a decorrere che dal giorno della morte del donatario.

(3) In un significato più esteso, il vocabolo *modo* si applica sia ad un atto a titolo oneroso, sia ad un atto a titolo gratuito, con lo scopo di restringere o di modificare i diritti stabiliti da quest' atto, o di regolarne l' esercizio in una maniera più precisa.

(4) A torto Zachariae considera come modali le sole disposizioni fatte col peso d'impiegare le cose donate

cose donate non fosse stato indicato che nell'interesse del gratificato, questa indicazione costituirebbe meno un modo che un semplice consiglio, ovvero una raccomandazione, e non ingenererebbe veruna obbligazione giuridica, eccetto se risultasse dagli stessi termini della disposizione, o dalle circostanze, che il disponente abbia voluto renderla obbligatoria pel gratificato (1).

Le donazioni fatte *sub modo* differiscono dalle donazioni fatte sotto condizioni sospensive: 1. in quantochè il donatario può, eccetto se si tratti di prestazioni estimabili in danaro, essere costretto ad adempiere i pesi annessi alla donazione, mentre egli è sempre padrone di adempiere o di non adempiere alle condizioni potestative dal canto suo, alle quali essa si trovasse subordinata. 2. in quantochè il modo non sospende nè l'apertura nè la stessa esecuzione della disposizione, mentre la condizione ne sospende l'apertura (2). Queste differenze tra 'l modo e la condizione sospensiva scompariscono interamente, allorchè un peso sia stato imposto al donatario come condizione della donazione. In questo caso, il peso deve, sotto tutti i riguardi, esser assimilato ad una vera condizione. La quistione di sapersi se un dato peso costituisca un modo propriamente detto *modus purus*, ovvero se formi una condizione *modus mixtus*, dev' essere decisa, meno secondo i termini o le locuzioni di cui il disponente abbia fatto uso (3), che secondo la sua

all' uso indicato dal disponente. Ricard, *delle Disposizioni condizionali*, cap. I, n. 5. Furgole *de' Testamenti*, cap. VII, sez. III. Weniug-Ingenheim, § 90. Savigny, I, § 128.

(1) Così, per esempio, la donazione o il legato di una somma di danaro, fatta con la dichiarazione che la somma donata o legata sarà impiegata nella costruzione di una casa o nell' acquisto di un fondo rustico, deve, a riserba di circostanze affatto particolari, essere considerata come contenente una semplice raccomandazione non obbligatoria. Lo stesso sarebbe, in generale, della disposizione di una somma di danaro donata o legata per essere impiegata dal donatario o legatario a fare i suoi studii nel dritto o nella medicina. Nondimeno, le disposizioni dell' ultima specie potrebbero, secondo le circostanze, e soprattutto se il disponente fosse il prossimo parente del donatario o legatario, essere riguardate come contenente un vero modo. Confr. L. 13, § 2, D. *de Donat. inter. vir.* 24, 1; L. 31, *pr.* D. *de Cond.* 35, 1; L. 2, § 7, D. *de Donat.* 39, 5. Ricard, *delle Disposizioni condizionali*, cap. IV, n. 91 seg.; Furgole, *de' Testamenti*, cap. VIII, sez. III, n. 33 e seg.; Duranton, VIII, 548, 530 e 138; Grenoble, 22 dicembre 1825, Sir., XXVI, 2, 270.

(2) Sotto questo rapporto, il modo è più favorevole al donatario o legatario che la condizione. Ricard, *op. cit.*, cap. VII, sez. III, n. 7.

(3) Benchè le parole: *se, a condizione, purchè*, ecc., indichino di ordinario una vera condizione, l' adoperamento di esse può nondimeno costituire non altro che un semplice modo. Questo è ciò che avvic-

intenzione presumibile (1), avuto riguardo soprattutto alla natura della prestazione o del fatto sul quale versi il peso (2). Nel dubbio sulla vera intenzione del disponente, deesi considerare la disposizione piuttosto come semplicemente modale, che come condizionale (3).

Le donazioni fatte sotto il peso di prestazioni estimabili in danaro, ed imposte al donatario nell' interesse del donante o di un terzo, vengono più specialmente chiamate donazioni onerose. Queste disposizioni di natura mista partecipano ad un tempo stesso e della vendita e della donazione, nella proporzione dell'importanza de' pesi relativamente al valore de' beni donati. Esse sono, in generale (4), rette dalle regole relative agli atti a titolo oneroso, quanto alla porzione de' beni donati il cui valore sia rappresentato o assorbito dai pesi, e dalle regole relative alle disposizioni a titolo gratuito, quanto all'eccesso del valore de' beni su quello dei pesi. Del resto se i pesi uguagliassero, o presso a poco, il valore delle cose trasmesse sotto il titolo o in forma di donazione, la disposizione non avrebbe della donazione che il nome, e sarebbe, per quanto concerne il donatario (5), esclusivamente regolata da' principii riguardanti gli

ne, per esempio, in una disposizione così concepita: « Io lego a Pietro una somma di 20,000 fr., se egli mantenga il mio vecchio domestico » ovvero « a condizione che egli mi faccia erigere un monumento ». Reciprocamente, l' adempimento delle espressioni: *col peso di*, *per*, ecc., che indicano ordinariamente un semplice peso, può, secondo la natura della disposizione, costituire una vera condizione. Per tal guisa, a cagion d'esempio, un legato fatto col peso nel legatario di maritarsi, od anche di sposare una persona determinata, dovrebbe considerarsi come condizionale, piuttosto che come semplicemente modale. Confr. le autorità citate nella nota seguente.

(1) Ricard, *op. cit.*, cap. I, n. 16 e seg. Savigny, *op. e luogo cit.* Confr. Furgole, *op. cit.*, cap. VII, sez. III, n. 38 e seg.

(2) Per nostro avviso, a questa considerazione appunto uopo è più particolarmente attenersi onde determinare il carattere della disposizione; e noi proponiamo riguardo a ciò la disposizione seguente. Se si tratti di un fatto o di una prestazione estimabile in danaro e suscettiva di essere adempiuta da terzi, deesi, in generale, presumere che sia un semplice peso quello che il disponente ha inteso d' imporre al donatario o legatario. Se per contro trattisi di un fatto che non sia estimabile in danaro, o che non possa essere adempiuto se non dal donatario o legatario medesimo, deesi presumere che sia una condizione quella alla quale il disponente ha voluto subordinare la sua liberalità.

(3) Arg. L. 9 D. *de R. J.* 50, 17. Ricard, *op. e luogo cit.* Furgole, *op. cit.*, cap. VII, sez. III, § 41. Savigny, *op. e luogo cit.* Wening-Ingenheim, *op. cit.*, § 90. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, I, § 111.

(4) Confr. nondimeno: art. 834.

(5) Noi diciamo: *per quanto concerne il donatario*, perciocchè intendesi bene, che se i pesi fossero stabiliti in favore di un terzo, riguardo al quale essi costituissero una liberalità, questa liberalità sarebbe

atti a titolo oneroso (1). Essa dunque non soggiacerebbe, nè alla collazione tra coeredi, nè all' azione di riduzione degli eredi di riserva, nè alla rivocazione per causa d'ingratitudine o di sopravvegnenza di figli (2).

Le persone a vantaggio delle quali il donatario sia stato gravato di prestazioni stimabili in danaro, ed i loro eredi hanno azione contro di lui per costringerlo all'adempimento di tali prestazioni (3).

In caso d' inadempimento ai pesi apposti ad una donazione, il donante ed i suoi eredi hanno d'altronde il dritto di provocare la rivocazione della donazione, poco importando che i pesi sieno stati stipulati nell'interesse del donante medesimo o nell' interesse di un terzo, e che essi consistano o no in prestazioni stimabili in danaro.

625. 3. Delle donazioni rimuneratorie.

Le donazioni rimuneratorie sono quelle che abbiano avuto luogo in ricompensa di servigi renduti al donante dal donatario (4).

Il carattere di simili donazioni varia secondochè o trattisi di servigi estimabili in danaro, e pel pagamento de' quali il donatario aveva un'azione contro il donante, o trattisi di servigi per ragione de' quali il donante non era sottoposto verso il donatario che ad un dovere morale di riconoscenza.

Nel primo caso, la donazione è, in generale, di natura mista, e trovasi retta da tutte le regole sviluppate nel paragrafo precedente sulle donazioni onerose (5).

Nel secondo caso, la donazione rimuneratoria è essenzialmente, e sotto tutti i riguardi, una disposizione a titolo puramente gratuito. Da ciò risulta, tra le altre conseguenze, che essa deve, per la sua validità, essere rivestita delle formalità prescritte relativamente agli atti contenenti donazione tra vivi, e che essa è, retta, quanto a' suoi effetti, dalle regole relative alle donazioni tra vivi.

(1) Pothier, *del Contratto di vendita*, n. 913 e seg.; *delle Disposizioni tra vivi*, sez. II, § 1. Ricard, *delle Donazioni tra vivi*, parte I, cap. 1, sez. III, n. 1097 e seg. Toullier, V, 185. Delvincourt, sull' art. 820 Conf. Ric. rig., 27 giugno 1838, Dalloz, XXXVIII, 2, 295.

(2) Brusselles, 16 gennaio 1812, Sir. XIII, 2, 56. Ric. rig., 24 marzo 1836, Sir., XXXVI, 1, 647. Bordeaux, 10 aprile 1843, Sir., XLIII, 2, 481.

(3) Il donante o i suoi eredi non potrebbero agire contro il donatario per costringerlo ad adempiere a pesi stipulati in favore di un terzo. Ma essi sarebbero autorizzati, in caso d' inadempimento a tali pesi, di provocare la rivocazione della donazione. Il donatario potrebbe forse, mercè l' abbandono delle cose donate, dispensarsi dall' eseguire i pesi.

(4) Conf. Ric. rig., 31 gennaio 1843, Dalloz, XLIII, 4, 289.

(5) Confr. Grenoble, 14 luglio 1836, Dalloz, XXXVII, 2, 137. Ne siegue, per esempio, che nell' ipotesi di cui si tratta, la donazione sottopone il donante alla garentia di evizione, fino alla concorrenza del valore dei servigi, per la ricompensa de' quali essa sia stata fatta. Besanzone, 2 luglio 1828, Sir., XXIX, 2, 113.

come ogni altra donazione, soggetta a rivocazione per causa di ingratitudine o di sopravvegnenza di figli (1). Nondimeno, la giurisprudenza tende a considerare come valide le donazioni di questa specie fatte a favore di antichi domestici, quantunque esse non sieno contenute che in atti o in ricognizioni per iscrittura privata (2).

626. 4. Delle donazioni scambievoli o reciproche.

Le donazioni scambievoli sono quelle che due o più persone si facciano reciprocamente con un solo e medesimo atto.

Tali donazioni sono permesse tra tutte le persone, eccetto soltanto tra i coniugi. Arg. articoli 885, 893 e 1051. Esse hanno ciò di particolare, che la nullità, per vizio di forma o di sostanza, della donazione fatta ad una delle parti, ovvero la sua rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli, trae seco la nullità o la rivocazione della donazione fatta all'altra parte (3). Ma la rivocazione di una delle donazioni per causa d'ingratitudine o d'inadempimento delle condizioni, non produrrebbe la rivocazione dell'altra (4).

627. c. Del modo come si acquista la proprietà delle cose donate; ed in particolare, della trascrizione delle donazioni d'immobili capaci d'ipoteche.

La proprietà delle cose comprese in una donazione tra vivi passa, in generale, nel donatario, anche riguardo a' terzi, pel

(1) Confr. art. 880 ed 885; Merlin, *Rep.* v. Donazione, sez. VIII, § 3.

(2) Colmar, 10 dicembre 1808, Sir., IX, 2, 161, Colmar 18 luglio 1809, Sir., XI, 2, 478. Bordeaux, 7 giugno 1841, Dalloz, XLI, 2, 216. Vedi altresì in questo senso: Toullier, V, 584. Per quanto possenti sieno le considerazioni di equità che militano in favore di questa dottrina, noi non sapremmo ascrivervici. Essa è in formale opposizione col testo dell'articolo 855; ed invano si invoca la massima: *Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur*, per sostenersi che colui il quale adempia ad un debito di riconoscenza non faccia una vera donazione. La stessa massima indica che il carattere di liberalità non disparisce, agli occhi della legge civile, se non quando il donatario aveva un diritto ed un'azione per esigere ciò che egli abbia ricevuto.

(3) La ragione di ciò si è, che le donazioni scambievoli non potrebbero essere considerate come scevre da ogni motivo interessato, e sono in certa guisa la condizione o la causa l'una dell'altra. D'onde risulta, che se la donazione fatta ad una delle parti rimanga senza effetto, o si trovi rivocata per una circostanza o per un avvenimento che non sia imputabile a colpa del donatario, la donazione fatta da quest'ultimo dee seguire la stessa sorte. Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. III, art. 2, § 1, n. 2. Toullier, V, 308. Grenier, I, 187. Duranton, VIII, 590. Pouiol, sull'art. 885, n. 14. Vazeille, sull'art. 885, n. 14. Vedi in senso contrario: Delvincourt, sull'art. 885; Guilhon, n. 781.

(4) Arg. art. 229. La rivocazione essendo, in simigliante caso, il risultamento di una colpa del donatario, questi non può essere ammesso a prevalersene per resilire, dal canto suo, dalla donazione che egli abbia fatta. Duranton, VIII, 590.

solo effetto dell'accettazione, senza esservi bisogno di tradizione, nè di alcun'altra formalità. Articolo 861.

Nondimeno, le restrizioni e le modificazioni a cui è sottoposto, nelle convenzioni ordinarie, il principio che la proprietà si trasmette pel solo effetto del consenso delle parti, ricevono ugualmente la loro applicazione in materia di donazioni. Così, allorchè una cosa mobile, formante l'oggetto d'una donazione, sia stata consegnata dal donante ad un acquirente di buona fede, questo ultimo ne diviene proprietario; ancorchè il suo titolo sia posteriore di data alla donazione. Così ancora, il donatario di un credito non è investito, riguardo ai terzi, che colla notificazione dell'atto di donazione al debitore, o coll'accettazione della cessione da parte di quest'ultimo (1).

Da un altro canto, e per una eccezione speciale che riceve, in materia di donazioni tra vivi, il principio rammentato di sopra, le donazioni d'immobili capaci di ipoteca, benchè perfette tra le parti ed i loro successori universali, per sola virtù del loro consenso, non trasferiscono però al donatario, per quanto concerne i terzi, la proprietà de' beni donati, salvochè a contare dal giorno in cui esse sieno state rendute pubbliche mediante la trascrizione degli atti che la racchiudano (2).

Ogni donazione tra vivi, avente

(1) Vedi art. 1095 e 1536;

(2) L'antico dritto francese aveva, ad esempio del diritto romano, prescritta, salve alcune eccezioni, l'insinuazione di tutte le donazioni tra vivi, tanto mobiliari che immobiliari. Vedi: ordinanza di Villers Cotterets, del mese di agosto 1539, art. 132 e 133; ordinanza di Moulins, del mese di febbraio 1566, art. 57 e 58; ordinanza sulle donazioni, del mese di febbraio 1731, art. 19 e seg.; dichiarazione del 17 febbraio 1731. Secondo lo spirito delle ordinanze, la insinuazione costituiva una condizione di forma, necessaria, non solamente per l'efficacia delle donazioni relativamente a' terzi, ma ancora per la loro validità riguardo agli eredi del donante. Vedi soprattutto: Ordinanza del 1731, art. 20. La legge degli 11 brumale anno VII, prescrivendo la trascrizione di tutti gli atti traslativi di proprietà immobiliare, lasciò sussistere inoltre, quanto alle donazioni tra vivi, la formalità della insinuazione. Queste due formalità dunque dovevano, sotto l'impero di siffatta legge, essere cumulatamente adempiute, allorchè trattavasi di donazione d'immobili suscettivi di ipoteche. I compilatori del Codice civile credettero di dover conservare il principio della pubblicità delle donazioni tra vivi, ma solamente nell'interesse dei terzi, e restringendolo alle donazioni d'immobili suscettivi di ipoteche. Eglino furono in tal guisa del tutto naturalmente menati a surrogare alla formalità della insinuazione quella della trascrizione su' registri della conservazione delle ipoteche, secondochè essa trovavasi stabilita dalla legge di Brumale. Conf. *Discussione presso il consiglio di Stato*, sull'art. 863 (Locrè *Legisl.*, t. XI, n. 21.) *Esposizione de' motivi*, di Bigot-Preameneu (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 42). *Rapporto al tribunato*, di Jaubert (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 44). Dalle precedenti osservazioni risulta, da un canto, che

per oggetto beni presenti capaci di ipoteche, è sottoposta alla trascrizione (1), ancorchè sia stata fatta per contratto di matrimo-

se la trascrizione delle donazioni è stata sostituita alla insinuazione, il suo oggetto è non per tanto molto meno esteso; dall' altro canto, che la trascrizione è stata prescritta nel senso, o per una applicazione speciale, delle disposizioni della legge degli 11 brumaio anno VII, sulla trascrizione degli atti traslativi di beni immobili in generale; e che per conseguenza a' principii di questa legge è mestieri riportarsi, onde determinare gli effetti della mancanza di adempimento alla formalità di cui si tratta. Merlin, *Rep.*, v. Donazione, sez. VI, § 3. Confr. sulla storia della insinuazione e della trascrizione, una dissertazione di Devilleneuve e Carette *Coll. novella*, III, 1, 32), i quali riproducono, sull' interpetrazione degli art. 863 e seg. l'opinione di Toullier, che noi confuteremo. Del resto, è bene evidente, che la trascrizione di una donazione di immobili capaci di ipoteche produce non solo il risultamento di rendere efficace, relativamente a' terzi, la trasmissione della proprietà de' beni donati, ma produce inoltre tutti gli effetti annessi alla trascrizione in generale.

** (1) *Dritto rom.*—La pubblicità delle donazioni è sembrata necessaria per evitare le frodi che potrebbero aver luogo sia per supposizione di atti simili, sia per la facilità d'ingannare coloro, che, ignorando siffatte alienazioni si inducessero a contrarre sopra beni che si trovassero donati. Quindi la formalità dell'insinua nell'ufficio del censo o negli atti del giudice era anticamente richiesta per tutte le donazioni eccedenti la somma di 200 solidi; lo imperatore Giustiniano però la restrinse a quella che eccedessero i 500 solidi, § 2, *inst. de donat.*, l. 25, l. 27. l. 32, *Cod. eod.*, nov. 127, cap. 2. Che se le donazioni eccedenti una tal somma non si fossero insinuate, sussistevano sino alla detta somma, nel dippiù erano di niun valore, l. 34 *prin.*, l. 36, § *ult.*, *Cod. de donat.* Questa regola soffriva eccezione nelle donazioni fatte in favore di cause piissime, l. 34, *Cod. de donat.*, come pel riscatto dei prigionieri, l. 36 *princ.*, *Cod. eod.*; non se si trattava di donazioni fatte in favore di altre cause pie, come in favore delle chiese, degli spedali, orfanotrofii e simili, l. 19, *Cod. de SS. EE.*, l. 34, § 1, *Cod. de don.* Non vi era parimente obbligo d'insinuare le donazioni fatte dal principe, o in di lui favore, nè tampoco quelle che si facevano a fine che fosse riedificata una qualche casa caduta o incendiata, l. 34, l. 36, § 1 e 2, *Cod. de donat.*, nemmeno le doti, l. *ult.*, *Cod. de jure dot.*, nè le donazioni di cose mobili, che si facevano in favore dei soldati, l. 36, § 1, *Cod. de donat.* Così pure se una qualche persona faceva a favore di un' altra in diversi tempi varie donazioni, niuna delle quali avesse ecceduto la somma di 500 solidi, comunque tutte unite avessero formata una somma superiore, non era necessario d'insinuare tali donazioni, purchè non si fossero fatte per eludere la legge, l. 34, § 3, *Cod. de donat.* In simil guisa le donazioni rimuneratorie non avevano bisogno d' insinuazione, *arg.* l. 18, § *ult.* ff *de donat.*, nè tampoco quelle con cui i creditori rimettevano ai loro debitori le usure non ancora scadute, l. 23, ff *eod.*, e generalmente tutte quelle colle quali si rinunciava ad un dritto non ancora pienamente acquistato, mentre se era acquistato pienamente eravi bisogno d' insinuazione, l. 9, ff *eod.* Era però soggetta ad insinuazione

quella donazione, colla quale si fossero donati in un medesimo tempo a più persone più di 500 solidi; imperciocchè non poteva dirsi che fossero tante donazioni quanti erano i donatarii, ma si considerava come una sola donazione comunque fosse fatta a più persone, altrimenti si sarebbe fatta frode ai creditori a di cui vantaggio fu introdotto l'obbligo della insinuazione *arg.* l. 27 *Cond. de donat.* Così dovevansi insinuare le donazioni, colle quali si donava una somma maggiore del 500 *solidi*, comunque il pagamento di essa fosse stato diviso in più rate inferiori alla detta somma *arg.* l. 20, l. 26 § *ult. ff quando dies legat. ced.* Lo stesso si dica se si fosse donata una qualche cosa da darsi annualmente in perpetuo, ma non se si fosse limitato il tempo alla vita del donante o del donatario l. 34 § *ult. Cod. de donat.*

* *Dr. sic.*—In vigore del cap. 61 del Re Ferdinando II la formalità della insinua era nel nostro Regno richiesta per tutte le donazioni di qualunque somma, e per le revoche delle stesse; e questa insinua doveva eseguirsi presso gli atti della Corte giuratoria del luogo in cui fosse stata fatta la donazione o la revoca, in un registro da tenersi a quest'uopo, infra il termine di tre giorni dalla pubblicazione dell'atto, ed anche nel luogo del domicilio del donante infra un mese, nel caso in cui la donazione fosse stata fatta nel Regno; che se lo fosse fuori del Regno, il termine era rimesso all'arbitrio del giudice secondo la distanza del luogo, purchè però non eccedesse i sei mesi; il tutto sotto pena della nullità dell'atto in quanto al pregiudizio dei terzi solamente, i quali agissero contro i beni donati. Laonde la donazione non insinuata era valida fra donante e donatario, ed il difetto della insinua non poteva allegarlo, che il terzo, il di cui titolo proveniva da causa onerosa, e non già lucrativa. *Pragmatic. Duc. Sermonet.* § 17.

** Una costituzione prammaticale inoltre del Conte di Castro dichiarò di aver luogo la necessità della insinua prescritta dal cap. 61 del Re Ferdinando II anche nelle donazioni per causa di dote, *dotis causa*, e nelle donazioni per contemplazione di matrimonio, *propter nuptias. Costitut. Pragmatic. Comit. Castr.* § 2.

* Dovevansi ancora insinuare i contratti soggiogatorii, secondo una Costituzione Prammaticale del Vicerè M. Ant. Colonna, e gli atti portanti il consenso del padrone diretto nell'alienazione della cosa enfiteutica, ossia dell'utile dominio, ai termini del cap. 4 del Re Filippo II.

* Si è detto la formalità della insinua esser dalle leggi richiesta principalmente per evitare le frodi che con supposizione di atti simiglianti potrebbero aver luogo in pregiudizio dei terzi. Ora egli è da osservare che una Costituzione Prammaticale del Duca di Montalto dell'anno 1636 venne a dichiarare irrite e nulle tutte le donazioni simulate e convenute in pregiudizio de' terzi ad oggetto di chiuder loro il dritto ed il modo di agire esecutivamente comminando inoltre la multa di onze duecento contro coloro i quali se ne valessero in giudizio, sia da attori, sia da convenuti. Quindi le donazioni di tutti o di maggior parte di beni fatte da taluno ai figli, alla moglie, od ai parenti dopo aver contratto dei debiti, si presumevano simulate e fatte in frode dei creditori; epperò era lecito allo attore di agire esecutivamente contro i beni donati, non ostante che esistessero presso il donatario, o col possesso reale, o in virtù della clausola del costituto; e ciò ai termini di una Costituzio-

nio (1), o abbia avuto luogo tra coniugi durante il matrimonio (2). art. 863. Ma questa formalità non riguarda le donazioni di beni futuri (3). Nelle donazioni che comprendano cumulatamente beni futuri e beni presenti, la trascrizione è necessaria relativamente a' secondi (4). La circostanza che una donazione fosse stata fatta sotto una condizione sospensiva, non dispenserebbe il donatario dall' adempiere a questa formalità prima dell'avveramento della condizione (5).

Le donazioni tra vivi di servitù, di dritti d' uso sopra immobili, o di dritti di abitazione, non vanno soggette alla formalità della trascrizione (6). È lo stesso

ne Prammaticale del Viceré M. Ant. Colonna *tit. de cissone. et don. fraud. p.* 132).

(1) Arg. art. 1037 e 1047. Duranton, VIII, 505. Parigi, 18 giugno 1808, Sir., VIII, 2, 226. Civ. cass., 10 aprile 1815, Sir., XV, 1, 161.

(2) Duranton (VIII, 509) e Zachariae (§ 627 in nota) inseguano il contrario, fondandosi sul riflesso che le donazioni tra coniugi, fatte durante il matrimonio, essendo essenzialmente rivocabili, tutti gli atti di alienazione o di costituzione di dritti reali, consentiti dal coniuge donante, debbano, mal grado la trascrizione, essere rispettati, come importanti rivocazione della donazione nella proporzione de' diritti conferiti a' terzi. Questo motivo, benchè esatto in sè medesimo, non è concludente; perciocchè non ne risulta punto, come si suppone, che la trascrizione di somiglianti donazioni sia del tutto senza oggetto. Ed in vero, se la trascrizione è inefficace riguardo a' terzi ai quali il coniuge donante abbia conferiti dritti reali sui beni donati, essa non lo è in quanto a' creditori chirografari, i quali potrebbero, in mancanza di trascrizione, pignorare gl' immobili donati; il che essi non sono ammessi a fare, allorchè questa formalità sia stata adempiuta. D' altronde, la trascrizione non sarà forse sempre necessaria ond' impedire che gli eredi del donante possano un giorno alienare i beni donati, o gravarli di pesi e di ipoteche?

(La donazione di un immobile in un contratto di matrimonio, fatta dal futuro coniuge alla futura consorte a titolo di sopravvivenza, è soggetta a' trascrizione.—Quegli il quale abbia poscia acquistato un tale immobile dal donante può allegare la mancanza di trascrizione, per indurre la nullità della donazione in rapporto a lui. Brusselles, 3 aprile 1830, *Giur. del XIX secolo*, 1831, 3, 114. Grenier, n. 406 e 68).

(3) Arg. *a contrario*, art. 1037 e 1047, comb. art. 1038 e 1048. Delvincourt, II, 427. Duranton, VIII, 506. Grenier, II, 430. Favard, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, n. 16. Toullier, V, 845, Pau, 2 gennaio 1827, Sir., XXIX, 2, 215.

(4) Duranton, VIII, 507.

(5) *Idem*, ivi, 510. Civ. cass., 10 aprile 1815, Sir., XV, 1, 161. Confr. nondimeno: Tolosa 7 maggio 1829, Sir., XXX, 2, 249.

(6) L' art. 863 non sottopone alla trascrizione che le donazioni di immobili *(beni* secondo le leggi civili) capaci di ipoteche; ed i dritti di cui parlasi nel testo non vanno compresi in questa classe di beni. Art. 2004. La nostra opinione intorno a questo punto sembra tanto meno soggetta a contestazione, in quantochè la disposizione dell' art. 863 è una eccezione al principio generale della trasmissione della proprietà in virtù

delle cessioni a titolo gratuito di azioni immobiliari (1).

La trascrizione di una donazione può richiedersi non solo dal donante e dal donatario o dai suoi successori universali, ma ancora da ogni persona interessata; e soprattutto da' successori a titolo particolare e da' creditori del donatario. La donna maritata ed il minore donatarii possono richiederla senza l'autorizzazione del marito o del tutore. I loro parenti o amici avrebbero ugualmente qualità per farla eseguire (2).

Le donazioni fatte ad una donna maritata, ad un minore, ad

del solo consenso delle parti: principio, che l'art. 862 applica formalmente alle donazioni; e però questa disposizione non è suscettiva d'interpetrazione estensiva, Duranton, VIII, 504. Vedi nondimeno in senso contrario: Delvincourt, sull'art. 863; Grenier, I, 162.

(1) Le ragioni sviluppate nella nota prec. giustificano egualmente questa proposizione. V. in senso contrario: Delv., Grenier e Dur., *luoghi cit.* Duranton, come vedesi, si appiglia, sotto questo rapporto, alla opinione di Delvincourt e di Grenier, de' quali nondimeno ci combatte l'avviso in ordine alla quistione discussa nella nota precedente. Egli si fonda, per giustificare la distinzione che stabilisce tra siffatte due quistioni, sulla massima; *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur;* d'onde egli conchiude che il donante di un'azione immobiliare, essendo reputato proprietario degl'immobili a' quali questa azione si riferisce, e potendone disporre o gravarli di ipoteche, la donazione dell'azione debba, nell'interesse dei terzi, essere sottoposta alla trascrizione, come dovrebbe esserlo se essa versasse direttamente sugl'immobili medesimi. Questa conseguenza ci sembra erronea. La massima di cui si tratta significa al certo, che quegli il quale, trovandosi investito di un'azione immobiliare, la eserciti con buon esito, debba essere considerato retroattivamente come stato, fin dal momento in cui essa abbia avuto nascimento, proprietario dell'immobile che ne formava l'oggetto. Ma non ne risulta già, che colui il quale abbia ceduta un'azione di questa natura possa e debba, anche dopo la cessione, ed in pregiudizio del cessionario, essere ancora reputato proprietario dell'immobile a cui essa si riferisca. La finzione che facevalo considerare come proprietario è scomparsa, quanto a lui, per effetto della cessione, onde seguire l'azione nelle mani del cessionario. Adunque, il solo punto che sia da esaminarsi in somigliante caso, è quello di sapersi se il donatario si trovi di pieno dritto, e per sola virtù della donazione, investito, anche relativamente a' terzi, dell'azione immobiliare che gli sia stata trasferita, o se per contrario egli non possa esserne investito che mediante la significazione dell'atto di donazione al detentore dell'immobile. Or siffatta quistione deve essere risoluta nel primo senso. D'altronde, quando ancora fosse altrimenti, basterebbe sempre, ond'assicurare l'efficacia, riguardo a' terzi, della donazione di un'azione immobiliare, il far significare l'atto che la contenga, senza che vi fosse mestieri sottoporre quest'atto alla formalità della trascrizione.

(2) Art. 864, comma 1; arg. art. 2026 e 2094. La trascrizione di una donazione è, come l'iscrizione ipotecaria, un provvedimento conservatorio. Duranton, V, 411.

un interdetto, o ad un pubblico stabilimento, o corpo murale debbono essere trascritte a cura del marito, del tutore (1), o degli amministratori. Art. 864. L'inosservanza di tale obbligazione da parte del marito o del tutore li rende passibili di danni ed interessi verso la moglie, il minore o l'interdetto, allorchè la mancanza della trascrizione abbia cagionato qualche pregiudizio a questi ultimi. Sarebbe lo stesso, anche nel caso in cui la donazione procedesse dal marito medesimo o dal tutore (2). Nondimeno, costoro possono dal giudice essere rilevati dalle conseguenze della loro responsabilità, quando esista in loro favore qualche scusa plausibile (3). Riguardo agli amministratori di un pubblico stabilimento che avessero omesso di richiedere la trascrizione, essi non sarebbero passibili di danni ed interessi, se non in quanto questa omessione presentasse il carattere di una colpa grave (4). Del resto, le donne maritate, i minori, gl'interdetti,

(1) Per inavvertenza, ed obbliando che gli interdetti non sono più oggidì provveduti di curatori, ma bensì di tutori, è avvenuto che i compilatori del Codice civile hanno nell'art. 864 compresi i curatori nel numero delle persone incaricate di richiedere la trascrizione. Di fatti, è evidente, giusta la compilazione distributiva di quest'articolo e la correlazione che passa tra le voci: « de' tutori, curatori o amministratori », e queste altre: « a minori o interdetti, o a stabilimenti pubblici », che si è voluto imporre l'obbligo di richiedere la trascrizione solamente alle persone incaricate dell'amministrazione del patrimonio de' minori, degli interdetti o degli stabilimenti pubblici. La disposizione dell'art. 864 è per conseguenza estranea a' curatori de' minori emancipati, perchè essi non amministrano il patrimonio di costoro. Quel che non lascia alcun dubbio relativamente a ciò, si è che l'art. 896 non parla più che de' tutori, comprendendo sotto questa denominazione le persone che l'art. 864 indica con le due qualità di tutori e di curatori. Confr. ordinanza del 1731, art. 31. Delvincourt, sull'art. 866.

(2) In simigliante caso, il tutore risponde delle conseguenze della mancanza di trascrizione, nella sua doppia qualità di donante e di tutore. Ma la risponsabilità che gravita su di lui come tutore è più efficace pel minore; perchè essa viene assicurata da un' ipoteca legale. La medesima osservazione si applica al marito donante, almeno quando trattisi di donazioni fatte per contratto di matrimonio.

(3) Le parole; « se compete », le quali si trovano nell'art. 866, provano che il legislatore non ha voluto dichiarare, in un modo assoluto, il marito o il tutore risponsabili della mancanza di trascrizione, e che egli si è riportato, relativamente a ciò, alle regole ordinarie sulla risponsabilità di queste persone. L'ordinanza del 1731, art. 32, aveva espressa questa idea in un modo più chiaro, dicendo: *salvo il loro regresso come di dritto*. Confr. art. 373, 1399, comma 3, e 1375.

(4) L'art. 866, riservando espressamente alle donne maritate, a' minori ed agl'interdetti un regresso per danni ed interessi contro i loro mariti o tutori, i quali avessero trascuratu di richiedere la trascrizione, serba silenzio sul punto di sapersi se gli stabilimenti pubblici sieno am-

o i pubblici stabilimenti non sarebbero restituiti contro la mancanza di trascrizione, anche quando i mariti tutori o amministratori si trovassero insolvibili (1). Art. 866.

Dalla legge non vien fissato alcun termine per la trascrizione delle donazioni (2). Questa formalità adunque può essere utilmente adempiuta in ogni epoca, ed anche dopo la morte del donante (3). Non per tanto, la donazione fatta da un commerciante, il quale poscia sia caduto in fallimento, sarebbe inefficace riguardo a' creditori del donante, se non fosse stata trascritta che posteriormente alla sentenza dichiarativa del fallimento (4).

messi ad esercitare un somigliante regresso contro i loro amministratori. Ma non si dee conchiudere da ciò, che il legislatore abbia voluto in un modo assoluto, e qualunque si fossero le circostanze, esimere questi ultimi da ogni risponsabilità. Tutto ciò che è permesso di inferirne si è, che la risponsabilità degli amministratori di uno stabilimento pubblico non si trova, come quella de' tutori o de' mariti, ingiunta per principio, pel solo fatto della mancanza di trascrizione. Confr. Duranton, VIII, 524.

(1) L'art. 860 non niega espressamente la restituzione contro la mancanza di trascrizione, se non che alle donne maritate od a' minori o interdetti. Ma è fuori dubbio che la sua disposizione si applica ugualmente agli stabilimenti pubblici, i quali sono, in generale, trattati meno favorevolmente de' minori o interdetti. Grenier, I, 166. Duranton, VIII, 523.

(2) Altrimenti era della insinuazione. Vedi ordinanza del 1731, articolo 26.

(3) La disposizione fatta dopo la morte del donante ha per oggetto il rendere efficace la donazione riguardo a' creditori o successori particolari dei suoi eredi.

(4) L' inefficacia della donazione, trascritta solamente dopo la sentenza dichiarativa del fallimento, è una conseguenza dell' ipoteca che questa sentenza ingenera a vantaggio de' creditori sugl' immobili del fallito, e dello spossessamento che essa produce contro costui dell' amministrazione de' suoi beni. Vedi Codice di commercio. art. 390, comma 3, ed art. 443 (e per le due Sicilie art. 634 436 e 436 del Codice di commercio) 434 e 435. LL. di ecc. Questo spossessamento producendo l' effetto di porre tutti i beni del fallito sotto la mano della giustizia, per essere realizzati nell' interesse de' creditori, è di ostacolo che i terzi possano ulteriormente rendere efficaci, riguardo a questi ultimi, diritti qualunque sopra tali beni. La disposizione del primo comma dell' art. 448 del Codice di commercio, 435 L. di ecc., il quale non permette d' iscrivere, che fino al giorno della sentenza dichiarativa del fallimento, le ipoteche o privilegi anteriormente acquistati, si applica, per analogia, alla trascrizione delle donazioni. È stato ancor deciso, che una donazione trascritta prima della sentenza dichiarativa del fallimento, ma dopo l' epoca fissata per la sua apertura, dovesse, come tardiva, rimanere senza effetto riguardo a' creditori della massa. Montpellier, 27 aprile 1840, Dalloz, XI, 2, 211. Ma siffatta decisione, fondata sulla supposizione che il fallito debb' essere considerato come spossessato dell' amministrazione de' suoi beni fin dall' epoca fissata per l' apertura del fallimento, e che a questa epoca risalga l' ipoteca dei creditori della massa, è in opposi-

La trascrizione delle donazioni deve aver luogo giusta le norme prescritte per quella degli atti traslativi di proprietà immobiliare in generale. Così, non può essere validamente effettuata che nell' uffizio delle ipoteche della provincia nella quale sieno situati gl'immobili formanti l'oggetto della donazione. Se si trattasse di una donazione che comprendesse beni situati in diverse province, la trascrizione dovrebb'esser fatta negli uffizii rispettivi della loro situazione. Art. 863.

La trascrizione non è una condizione di forma, prescritta per la validità delle donazioni tra le parti (1). Ma essa costituisce una formalità, estrinseca, necessaria per renderle efficaci riguardo ai terzi (2). Da queste due proposizioni (3) risulta, da un canto, che la mancanza di trascrizione non può essere opposta al donatario, nè dal donante stesso, nè dai suoi eredi o successori universali (4), e, da un altro canto,

zione col testo formale degli art. 443, comma 1, e 490, comma 3, del Codice di commercio, 434 e 435 LL. di ecc. D' altronde, se i diritti d' ipoteca o di privilegio, validamente acquistati prima della sentenza dichiarativa del fallimento (conf. art. 446, comma 1 e 4 (435 LL. di ecc.), possono essere utilmente iscritti fino al giorno di questa sentenza, deve altresì essere permesso di trascrivere, fino alla stessa epoca, le donazioni validamente fatte dal fallito. Di fatti, la trascrizione non è, come l'iscrizione ipotecaria, che una formalità estrinseca per rendere i diritti del donatario o del creditore efficaci riguardo ai terzi. Arg. art. 448, comma 1 Confr. Grenoble, 17 giugno 1822, Sir., XXIII, 2, 273.

(1) Il Codice civile non pronunzia la nullità delle donazioni per mancanza di trascrizione, come l' art. 20 dell' ordinanza del 1731 lo faceva per la mancanza d' insinuazione; e risulta chiaramente dall' art. 862, che la trascrizione non appartiene sotto alcun rapporto alla forma costitutiva delle donazioni. Ric. rig., Sir., XI, 1, 33.

(2) Toullier V, 236 e seg. insegna che la trascrizione non costituisca una formalità peculiare alle donazioni; che il suo oggetto ed i suoi effetti sieno gli stessi tanto per le donazioni, quanto per gli atti onerosi; e che quindi l'adempimento di questa formalità non sia necessario per investire il donatario, riguardo ai terzi, della proprietà dei beni donati. Vedi altresì in questo senso la dissertazione di Carrette e di de Villeneuve. Ma questa opinione, la quale è d'altronde in formale opposizione con le intenzioni dei compilatori del Codice, secondochè esse risultano dalla discussione presso il consiglio di Stato, del pari che da' discorsi e da' rapporti è insostenibile a fronte degli art. 863 ed 866. Di fatti, è stata respinta da tutti gli altri commentatori del Codice, e dalla giureprudenza. Merlin, *Rep.*, v. Donazioni, sez. VI, § 3, e v. Trascrizione, § 3, n. 3, Grenier, *delle Ipoteche*, II, 167. Duranton, VIII, 502 Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamenti, t. V, n. 6. Civ. cass., 10 aprile 1815, Sir., XV, 1, 161.

(3) È mestieri, per la compiuta intelligenza di queste due proposizioni, ravvicinar loro ciò che sarà detto sull'azione personale che la donazione ingenera a vantaggio del donatario.

(4) Nei primi tempi della pubblicazione del Codice civile, erasi vo-

che ogni terzo interessato è ammesso ad opporre l' inadempimento di tale formalità al donatario, ed ai suoi successori, tanto universali, quanto particolari. Articolo 865.

Debbonsi, in questa materia, collocare nella classe de' terzi interessati tutti coloro i quali, non rappresentando il donante e non essendo tenuti alle sue obbligazioni, abbiano interesse a sostenere, o che la proprietà dei beni donati non abbia cessato di risedere sulla sua testa, o che non sia stata trasmessa al donatario se non dal giorno della trascrizione. Così, sono ammessi ad opporre la mancanza di trascrizione, non solo i successori par-

luto sostenere che gli eredi o successori universali del donante fossero al pari de' suoi successori particolari, ammessi ad opporre la mancanza di trascrizione. In appoggio di questa opinione, invocavasi, da un canto, l'antico dritto, secondo il quale gli eredi del donante erano autorizzati ad opporre la mancanza d' insinuazione, e, dall' altro canto, il testo dell'artic. 865, il quale non niega che al donante personalmente, e non ai suoi eredi, il diritto di opporre la mancanza della trascrizione. Ma questi argomenti sono entrambi privi di valore reale. Difatti, siccome nell'antico diritto, la mancanza della insinuazione produceva la nullità delle donazioni, così era cosa naturale che gli eredi del donante fossero ammessi a prevalersene; ma non potrebbe essere lo stesso della mancanza della trascrizione; perchè questa ultima formalità, tolta a prestito dalla legge di brumale anno VII, la quale avevala stabilita nel solo interesse de' terzi, non è prescritta sotto pena di nullità. Quanto all' argomento *a contrario* tratto dal testo dell'art. 863, esso è inammessibile; poichè tende a stabilire una derogazione al principio della trasmissione delle obbligazioni agli eredi o successori universali. La donazione debitamente accettata, essendo perfetta per virtù del consenso delle parti, obbliga, indipendentemente dalla trascrizione, il donante, e per conseguente, i suoi successori universali. Difatti, l'opinione emessa nel testo è oggidì adottata dagli autori e dalla giurisprudenza. Delvincourt, sull' articolo 866. Grenier, *delle Donazioni*, I, 147; *delle Ipoteche*, II, 359 e seg. Merlin, *Rep.*, v. Donazione, sez. VI, § 3. Duranton, VIII, 518. Tolosa, 20 marzo 1808, Sir., VIII, 2, 166. Angers, 8 aprile 1808, Sir., VIII, 2, 219. Colmar, 13 dicembre 1808, Sir., IX, 2, 319. Tolosa, 11 aprile 1809, Sir., XIII, 2, 330. Limoges, 10 gennaio 1810, Sir., XI, 2, 33. Ric. rig., 12 dicembre 1810, Sir., XI, 1, 33. Civ. cass., 23 agosto 1814, Sir., XV, 1, 23. L'erede il quale, nella ignoranza di una considerevole donazione fatta dal defunto, abbia accettata puramente e semplicemente la successione, può forse, quando il passivo della eredità sorpassando l'attivo, egli si trovi in perdita, reclamare una indennità dal donatario che abbia trascurato di far effettuare la trascrizione? Noi non estimiamo punto ad adottare la negativa con Duranton VIII, 508. Il donatario non sarebbe passibile di danni ed interessi verso l'erede, se non in quanto egli si fosse renduto colpevole di dolo riguardo a lui; e non è possibile di considerare come una macchinazione dolosa il fatto puramente negativo della omissione della trascrizione. Artic. 700. Vedi in senso contrario: Delvincourt, sull'art. 866.

ticolari del donante, sia a titolo oneroso (1), sia a titolo gratuito (2), ed i suoi creditori ipotecarii, ma eziandio i suoi creditori chirografari (3), poco importando d' altronde che i loro titoli

(1) Civ. cass., 10 aprile 1815, Sir., XV, 1, 161. Pau, 19 gennaio 1838, Dalloz, XXXIX, 2, 245.

(2) Il donatario, a titolo particolare, d' immobili compresi in una precedente donazione, è evidentemente interessato ad opporre la mancanza della trascrizione di questa donazione; siccome egli non è tenuto alle obbligazioni del donante, così non se gli può negare il diritto di prevalersi della inosservanza di tale formalità. Queste osservazioni si applicano ancora al donatario di una somma di danaro, il quale avesse, come creditore del donante, interesse ad opporre la mancanza della trascrizione di una donazione anteriore. Indarno s' invoca, per sostenere il contrario, l'art. 1028, il quale nega al donatario dell'autore d'una sostituzione il diritto di prevalersi della mancanza di trascrizione dell' atto che la contenga. La disposizione di quest'articolo è di una natura affatto eccezionale. Ed in vero, solamente in favore de' chiamati, e perchè le sostituzioni possono esser fatte a favore di figli neppur concepiti ancora, l' art. 1028 ha dichiarati i donatarii posteriori non ammessibili a prevalersi della mancanza della trascrizione. Ciò che a questo riguardo esclude il dubbio si è, che l'art. 34, del tit. II dell'ordinanza del 1747, del quale l'artic. 1028 è la riproduzione quasi letterale, negava ugualmente, in fatto di sostituzioni, a' donatarii posteriori il diritto di opporre la mancanza della insinuazione: diritto, di cui nondimeno incontrastabilmente godevano in materia di donazioni ordinarie. Da ciò risulta, che l'art. 1028, lungi dal poter essere invocato contro la nostra opinione, somministra in suo favore un argomento *a contrario*, in cui forza è fondata sulla regola: *Exceptio firmat regulam*. Indarno ancora s'invoca l'avviso di Jaubert, il quale diceva nel suo rapporto al tribunato. Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 44: « La mancanza della trascrizione può essere opposta ad ogni persona avente interesse. Non vi ha eccezione che per quelle persone le quali abbiano l'obbligo di fare eseguire la trascrizione, e pe' loro aventi-causa, e pel donante: il che comprende altresì necessariamente i donatarii posteriori ». È cosa possibile, che esprimendosi in tal guisa, Jaubert abbia avuto presenti alla sua mente donazioni universali. In ogni caso, le parole da lui pronunziate altro non sono che l' espressione di una opinione individuale, alla quale conviene tanto meno arrestarsi, in quantochè è contraria ai principii generali sui dritti e sulle obbligazioni dei donatarii a titolo particolare. Duranton, VIII, 515, Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. V, n. 1. Confr. Nimes, 1 dicembre 1826, Sir., *Collez. novella*, VIII, 2, 293. Vedi in senso contrario: Grenier, I, 168 e 868 *bis*. Montpellier, 2 giugno 1831, Sir., XXXI, 2, 325.

(3) Negare ai creditori chirografari il diritto di opporre la mancanza della trascrizione, sarebbe al tempo stesso un violare il testo ed un disconoscere lo spirito dell'art. 865, Se, a differenza della ipoteca, il diritto di garentia che compete a questi creditori non importa rivendicazione, non è questa una ragione per quanto concerne le alienazioni da lui fatte. Da un altro canto, ed appunto perchè essi contrattano col debitore sulla sua fede personale,

sieno anteriori alla donazione o che sieno ad essa posteriori.

I creditori chirografari del donante del resto non possono utilmente opporre la mancanza della trascrizione, che nelle due circostanze seguenti:

1. Allorchè abbiano pignorati gl'immobili donati, e la donazione non sia trascritta che dopo la trascrizione del pignoramento. In questo caso, il donatario non sarebbe ammesso a reclamare la proprietà di tali immobili (1).

2. Allorchè impugnino la donazione come fatta in pregiudizio de' loro dritti. In tal caso, il donatario non sarebbe ammesso ad eccepire l' esistenza della donazione, per sostenere che il suo titolo essendo anteriore a quello dei creditori, la loro azione rivocatoria non sia ammessibile (2).

Le persone che hanno l'obbligo di richiedere la trascrizione, come il tutore o il marito, non sono giammai ammesse a prevalersi della mancanza di adempimento a questa formalità. È lo stesso dei loro eredi o successori universali, poco importando che la donazione proceda da una di queste persone o che proceda da un terzo. Ma i successori particolari, a titolo oneroso o gratuito, ed i creditori, o ipotecarii o chirografari, di una persona obbligata a fare seguire la trascrizione, possono opporre l'inadempimento di questa formalità, quando trattisi di una donazione fatta dal loro autore o debitore. Nel caso contrario, essi sono, come i successori universali, non ammessibili a prevalersene (3). Articolo 865 comb. 864. Così, per

essi hanno il più grande interesse a conoscere le donazioni che egli abbia potuto fare. Duranton, VIII, 517, Delvincourt, II. Dalloz, *op. e v. cit.*, V, n. 7. Amiens, 11 giugno 1814, Dalloz, *op. e v. cit.* Nancy, 18 giugno 1838, Dalloz, XXXIX, 2, 18. Caen, 19 febbraio 1818, Dalloz, XLI, 2, 114. Civ. cass., 7 aprile 1841, Sir., XLI, 1, 303. Limoges, 9 marzo 1844, Sir., XLIX, 2, 64. Vedi in senso contrario: Grenoble, 17 giugno 1822, Sir., XXIII, 2, 273.

(1) Agen, 17 dicembre 1824, Sir., XXV, 2, 332. Poitiers, 4 maggio 1825, Sir., XXV, 2, 333. Bordeaux, 2 giugno 1827, Sir., XXVII, 2, 169. Civ. cass., 4 giugno 1830, Sir., XXX, 1, 52. Parigi, 16 gennaio 1832, Dalloz, XXXIII, 2, 207. Vedi altresì gli autori citati nelle due note precedenti.

(2) Confr. Codice di procedura civile, art. 686, 725 e 726.

(3) Questa distinzione è in apparenza contraria al testo dell'articolo 865, il quale nega, in un modo assoluto, agli aventi-causa dalle persone tenute a richiedere la trascrizione, il diritto di opporre la mancanza dell' adempimento a questa formalità; ma non è così in realtà. L'espressione *aventi-causa* non ha un significato assoluto ed invariabile: è d' uopo, secondochè abbiamo di già avuta l'occasione di farlo osservare, determinarne il senso giusta lo spirito della regola che si tratti di applicare, e giusta l'aspetto sotto il quale convenga riguardare, avuta considerazione a questa regola, la posizione di tali o tali altre persone. Or siccome la disposizione dei successori particolari e de' creditori si presenta sotto aspetti differenti, secondo la natura diversa dei diritti che eglino possono invocare, o dell'interesse che eglino possono cer-

esempio, i creditori del marito possono eccepire la mancanza di trascrizione d'una donazione fatta da lui a favore di sua moglie, per far valere i dritti che, dopo la donazione, egli avesse loro conferiti sopra i beni donati, o che eglino avessero acquistati contro di lui. Ma essi non sarebbero ammessi ad opporre la mancanza di trascrizione di una donazione fatta alla moglie da un terzo, per far valere degli atti coi quali il marito avesse dopo la donazione, acquistati dal donante o contro di lui dritti qualunque sui beni donati.

Secondo quanto abbiamo detto, le persone le quali sono ammessibili ad opporre la mancanza della trascrizione di una donazione, possono, in generale (1), preva-

---

care di far prevalere, non è a far maraviglia se si considerino, talora come terzi, e talora come gli aventi-causa del loro autore o debitore. Allorchè essi oppongano la mancanza della trascrizione di una donazione fatta da quest'ultimo, trattasi per essi di far dichiarare inefficace un atto di alienazione, il quale produrrebbe il risultamento, se fosse rispettato, di annientare o di diminuire i loro dritti come acquirenti o come creditori. In questa ipotesi, è impossibile di considerarli relativamente al donatario, per la soluzione del conflitto che esiste tra essi e lui, come gli aventi-causa dal donante. Quanto alla circostanza che costui era egli medesimo tenuto a richiedere la trascrizione, tale circostanza è indifferente relativamente a loro, perchè essi non lo rappresentano in particolare per questa obbligazione, nè sono tenuti alle sue obbligazioni in generale. Vedi nondimeno in senso contrario: Agen, 13 gennaio 1836, Dalloz, XXXVI. 2, 120. Conf. Civ. rig., 10 marzo 1840, Dalloz, XL, 1, 154. Tutt'altrimenti è quando trattasi di una donazione fatta da un terzo. In simigliante caso, siccome i creditori o successori particolari della persona tenuta a richiedere la trascrizione oppongono la mancanza dello adempimento a questa formalità, per sostenere che, malgrado la donazione, e posteriormente alla sua stipulazione, il loro autore o debitore abbia acquistati sui beni donati dei dritti di proprietà o altri, così non trattasi più solamente per essi di far mantenere saldi i diritti che loro appartengano, nella loro qualità di acquirenti o di creditori, sui beni del loro autore o debitore, ma di far dichiarare efficaci in loro favore i dritti che quest'ultimo avesse acquistati da una persona, sul patrimonio della quale non abbiano personalmente veruna pretensione ad addurre. Or eglino non possono elevare un somigliante richiamo se non sostituendosi al loro autore o debitore, affine di esercitare i suoi dritti ed azioni, o, in altri termini, se non presentandosi come i suoi aventi-causa; e però è evidente, che il fine di non ricevere, il quale farebbe rigettare l'eccezione della mancanza di trascrizione, se essa venisse proposta da quest' ultimo, la rende ugualmente non proponibile dal canto loro.

(1) Altrimenti sarebbe, se il terzo, il quale volesse eccepire la mancanza della trascrizione, avesse commessa una frode in pregiudizio del donatario, vale a dire, se l'atto che gli abbia conferiti i dritti, per mantener saldi o esercitare i quali egli opponesse la mancanza della trascrizione, fosse il risultamento di un concerto stabilito tra lui e il donante, collo scopo di annientare o di

lersene, malgrado la conoscenza di fatto che essi avessero avuta, per qualunque siasi mezzo, della esistenza della donazione (1).

628. d. Dei dritti del donatario.

Oltre le azioni reali, che possono, secondo le circostanze, competere al donatario in qualità di proprietario dei beni donati, egli gode sempre di un' azione personale contro il donante e i suoi eredi, affine di ottenere l'esecuzione della donazione, e principalmente il rilascio dei beni che ne formino l'oggetto, con tutti i loro accessori. Confr. art. 1020.

In virtù di quest'azione il donatario è autorizzato a dimandare, a titolo di danni ed interessi, il valore de' beni donati, semprechè non possa ottenere il rilascio, sia perchè fossero periti per colpa del donante o de' suoi eredi, sia per causa della mancanza di trascrizione dell'atto di donazione (2). Il donatario creditore dell' ammontare di questi danni ed interessi, è ammesso, anche in caso di fallimento del donante, a concorrere, in proporzione del suo credito, con tutti gli altri creditori chirografarii di quest' ultimo e dei suoi eredi.

Se il donante avesse, per assicurare l'esecuzione di una donazione d'immobili suscettivi d'ipoteche, costituita un'ipoteca convenzionale, l'efficacia ne sarebbe indipendente dalla trascrizione dell'atto di donazione. Lo stesso principio si applicherebbe al caso in cui il donatario avesse, a cagione della sua posizione personale in rapporto al donante, una ipoteca legale per sicurezza della sua azione personale. In simil caso, l'ipoteca del donatario colpirebbe indistintamente i beni compresi nella donazione e gli altri immobili del donante. Così avviene, per esempio, che la moglie, alla quale suo marito abbia fatta una donazione per contratto di matrimonio, la quale non possa, a cagione della mancanza di trascrizione di questo contratto, rivendicare contro i successori particolari o i creditori del donante la proprietà degl'immobili compresi nella donazione, è autorizzata, per ottenere il pagamento della sua indennità, ad esercitare, in loro pregiudizio, la sua ipoteca legale sopra tutti i beni di quest'ultimo (3).

La donazione, di sua natura,

restringere gli effetti della donazione. Arg. art. 1336.

(1) La trascrizione essendo una formalità necessaria per rendere la donazione efficace riguardo a' terzi, non può essere supplita dalla conoscenza di fatto che costoro avessero avuta della esistenza della donazione. Arg. artic. 1027. Montpellier, 9 maggio 1843, Sir., XLIV, 2, 187.

(2) Questo è ciò che risulta chiaramente dalla combinazione degli artic. 862 ed 865. Non si potrebbe sostenere il contrario che riguardando la trascrizione come una condizione di forma, la cui mancanza producesse la nullità della donazione. Or questo modo di vedere è inammessibile.

(3) Arg. artic. 2097 e 2021. Civ. cass., 10 marzo 1840, Sir., XL, 1, 217. Si vede, che nella ipotesi di

non obbliga il donante alla garenzia, per causa di evizione totale o parziale delle cose donate (1); dunque, il donatario evitto non ha, in generale, alcun regresso contro il donante, neppure per la rimborsazione delle spese che avesse fatte per effetto o ad occasione della donazione, come, per esempio, le spese ed il costo legale dell'atto (2).

Per eccezione a questo principio, è dovuta una garentia al donatario ne' casi seguenti:

1. Allorchè trattisi d'una donazione fatta a contemplazione di matrimonio (3). Art. 1360.

2. Allorchè il donante abbia formalmente promessa la garentia (4).

3. Allorchè l'evizione sia il risultamento di un fatto personale del donante. Così sarebbe, per esempio, nel caso in cui egli avesse, dopo la donazione e prima della sua trascrizione, venduto o ipotecato l'immobile donato, e nel caso in cui egli avesse trascurato di soddisfare un debito ipotecario, di cui aveva gravato quest'immobile, e che egli non aveva messo a carico del donatario (5).

4. Allorchè trattisi di una donazione onerosa. In questo caso, il donante deve la garentia in proporzione dell'ammontare de' pesi relativamente al valore de' beni donati; poco importando d'altronde che tali pesi sieno stati imposti nell'interesse del donante medesimo, o che lo sieno stati a vantaggio di un terzo (6); e che l'evizione sofferta dal donatario sia

cui si tratta, il dritto di opporre la mancanza della trascrizione diviene presso a poco illusorio pei successori particolari e pei creditori del donante allorchè quest'ultimo non possegga altri beni che quelli i quali si trovino compresi nella donazione.

(1) Per la sola ragione che il donante non riceve l'equivalente di ciò che egli dona, ei deve essere reputato di non aver voluto trasmettere salvochè i dritti che avea realmente, e che supponeva di appartenergli. Sarebbe d'altrondo cosa sconvenevole che un beneficio si rivolgesse contro il benefattore. L. 18, § 3, D., *de Donat.*, 39, 5. L. 2, C. *de Evit.*, 8, 5.

(2) Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. III, art. 1, § 1. Duranton, VIII, 525. Grenier, 1, 97.

(3) Ric. rig., 22 nevoso anno X, Sir., II, 2, 200. La Corte reale di Rouen (3 luglio 1828, Sir., XXX, 2, 148) ha giudicato, in conseguenza di questo principio, che il donante fosse tenuto, allorchè esistevano iscrizioni ipotecarie sui beni donati, a riportarne la cancellazione.

(4) L. 2, C. *de evict.*, 8, 5. Delvincourt, t. II, Grenier, 1, 97. Toullier, V, 207. Duranton, VIII.

(5) Duranton, VIII, 527. Confr. nondimeno sull'estensione della garentia in questi casi: Grenier, 1, 97; Merlin, *Rep.*, v. Terzo detentore, n. 15. Il donatario, il quale avesse pagato il debito, sarebbe d'altrondo surrogato ai diritti ed alle azioni del creditore contro il donante. Articolo 1204, n. 3. Se il debito afficiente con ipoteca l'immobile donato non concernesse personalmente il donante, ma un terzo, il donatario non avrebbe regresso che contro questo ultimo.

(6) Pothier, *della Vendita*, n. 613. Vedi in senso contrario: Duranton, VIII, 531. Quest'autore insegna, da un canto, che il donante non debba

totale o parziale (1).

5. In fine, allorchè trattisi d'una donazione rimuneratoria. In simil caso, il donante è tenuto alla garentia, nella proporzione del valore de' servigi renduti relativamente a quello de' beni donati (2).

Del resto, il donatario è autorizzato ad esercitare, come avente-causa dal donante, il regresso di garentia che possa competere a quest'ultimo contro i suoi autori. Avverrebbe lo stesso anche nel caso in cui il donatario non avesse dritto alla garentia di evizione contro il donante (3).

Quando la donazione abbia per oggetto due cose donate sotto un'alternativa, o una cosa da prendersi tra più della stessa specie, e 'l donatario venga ad essere evitto di quella di tali cose che gli sia stata rilasciata, egli è autorizzato a dimandare l'esecuzione della donazione, quanto alle altre (4). Il donatario d'una cosa determinata soltanto quanto alla sua specie, e 'l quale fosse evitto della cosa che gli fosse stata rilasciata, avrebbe del pari dritto di dimandare il rilascio di un'altra cosa della stessa specie (5).

Finalmente, se il donante avesse di mala fede donata la cosa altrui, il donatario che ne soffrisse l'evizione, dopo di aver fatte delle spese di cui non ottenesse rimborso dal legittimo proprietario, sarebbe nel dritto di reclamare i danni ed interessi. Egli potrebbe ancora, in questo caso, dimandare il rimborso delle spese e del costo legale dell'atto di donazione (6).

629 e. Delle obbligazioni del donatario.

Ogni donatario contrae, col fatto stesso dell'accettazione della

garentia, per ragione di una donazione onerosa, se non in quanto i pesi sieno stati stabiliti nel suo interesse personale, e, da un altro canto, che nel caso medesimo in cui egli sia sottoposto alla garentia, la sua obbligazione si limiti alla restituzione di ciò che il donatario abbia pagato al di là de' frutti o delle rendite de' beni donati. Queste due proposizioni sarebbero esatte senza dubbio, se, come Duranton lo suppone, l'autore di una donazione onerosa non potesse, in caso di evizione, essere convenuto se non con una specie di *condictio sine causa*, o, *causa data*, *causa non secuta*. Ma questa supposizione è erronea. Siccome la donazione onerosa partecipa della vendita nella proporzione dei pesi relativamente al valore dei beni donati, così essa ingenera in questa proporzione, una vera obbligazione di garentia.

(1) Confr. nondimeno: Pothier, *op. cit.*, n. 611.

(2) Pothier, *op. cit.*, n. 610 e 611. Grenier, I, 97. Besanzone, 2 luglio 1828, Sir., XXIX, 2, 113.

(3) Di fatti, in virtù della donazione, ed indipendentemente da ogni stipulazione riguardo a ciò il donante trasmette al donatario tutti i diritti e le azioni che gli competevano in proposito della cosa donata. Duranton, VIII, 532.

(4) Arg. art. 1145 e 1146.

(5) Arg. art. 1191. Duranton, VIII, 530.

(6) Arg. art. 1336. L. 18, § 3, D. *de Donat.* 39, 5. Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. III, art. 1, § 1, Grenier, I, 97. Duranton, VIII, 529.

donazione, l'obbligo di mostrarsi riconoscente verso il donante. L'estensione e le conseguenze legali di quest'obbligo sono determinate dall'art. 880.

Il donatario è inoltre tenuto di adempiere a' pesi impostigli dall'atto di donazione, nell'interesse del donante medesimo o di terze persone.

Quanto a' debiti del donante, egli non vi è tenuto personalmente e direttamente, se non quando con una clausola espressa o implicita dell'atto di donazione, siasi obbligato di soddisfarli. Questo principio si applica non solo alle donazioni di una o di più cose specialmente designate, ma eziandio alle donazioni che versino, senza altra specificazione, sul complesso o sopra una parte aliquota del complesso de' beni presenti del donante (1). Nondimeno, allorchè trattisi di una donazione di quest'ultima specie, il donante, che non abbia ancor fatto il rilascio de' beni donati, è, giusta l'intenzione delle parti, quale devesi presumere avuto riguardo alla natura della disposizione, ed eccetto se il contrario risulti dall'atto di donazione, autorizzato a ritenere un valore sufficiente per soddisfare, nella proporzione della quota de' beni donati, i debi-

(1) Il principio stabilito nel testo non è stato giammai messo in contestazione, per quanto concerne le donazioni tra vivi di cose specialmente determinate. Ma, la quistione di sapersi se esso si applichi ugualmente alle donazioni che si ha il costume di chiamare universali, vale a dire, a quelle che hanno per oggetto la totalità o una parte aliquota de' beni presenti del donante, è vivamente controversa tra gli autori tanto antichi quanto moderni. La soluzione che noi abbiamo adottata discende, per via di conseguenza, da' principii precedentemente stabiliti sulla natura del patrimonio, sugli atti per mezzo dei quali può essere trasmesso in tutto o in parte, e su' diritti e le obbligazioni delle diverse specie di successori. Ed in vero, risulta da questi principii, che il patrimonio di una persona non è suscettivo di essere trasmesso, se non che per mezzo di atti aventi per oggetto i beni che questa persona lascerà nel tempo della sua morte; che la donazione tra vivi di beni presenti non costituisce un modo di trasmissione a titolo universale, quando ancora essa comprenda la totalità o una parte aliquota di tutti i beni che il donante possegga nel momento della sua stipulazione; e che il donatario di beni presenti, non essendo giammai altro che un successore a titolo particolare, non potrebbe di dritto essere tenuto a' debiti del donante. Vedi in questo senso: Toullier, V 816 e seg.: Duranton, VIII, 472 e 473; Troplong, *della Vendita*, n. 450 e seg.; Montpellier, 3 aprile 1833, Sir., XXXIV; Tolosa 29 giugno 1836, Sir., XXXVII, 2, 27; Tolosa, 13 luglio 1839, Sir., XXXI, 2 519; Ric. rig, 2 maggio 1810, Sir., XL, 1, 345. Vedi in senso contrario: Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. III, art. 1 § 2; Grenier, I, 86 seg. Delvincourt, II, 491; Riom, 2 dicembre 1899, Sir., XII, 2, 380; Bord., 23 marzo 1827, Sir., XXVII, 2. 124; Nimes, 3 aprile 1827, Sir., XXXVII, 2, 189. Confr. Ricard, parte III, n. 1322 e 1323. Vedi ancora *Osservazioni* del tribunato (Locré, *Legisl.* t. XI, n. 78).

li che egli aveva nel giorno della donazione (1). Che se l'atto di donazione contenesse una indicazione particolarizzata delle cose do-

(1) Questa proposizione va giustificata nelle sue diverse parti mercè le considerazioni seguenti: 1. Quando trattisi di una donazione fatta senza alcuna specie di particolarizzazione, ed in questi termini: *Io dono tutti i miei beni presenti*, ovvero, *la metà, il terzo dei miei beni*, il donante può dire con ragione, che con queste parole: *beni presenti*, egli non abbia inteso di indicare se non quello che gli rimarrebbe del patrimonio, dopo la deduzione dei suoi debiti; che tale si è nel linguaggio ordinario, come in quello del diritto, il significato usuale della parola *beni;* che interpetrando diversamente l' atto di donazione, si attribuirebbe a lui l' intenzione di defraudare i suoi creditori: il che è inammessibile; e che quindi egli debba essere autorizzato a prelevare, in forma di ritenuta, sul valore de' suoi beni, l' ammontare de' debiti che egli aveva nel giorno della donazione. 2. Ma si comprende altresì, che la pretensione di far interpetrare l' atto di donazione nel senso che abbiamo ora indicato, non sarebbe ammessibile da parte del donante, se egli avesse consegnati tutti i suoi beni al donatario, o proceduto con lui alla diversione di questi beni, senza precedente deduzione de' debiti o senza riserve relativamente a ciò. Il pieno ed intero rilascio de' beni donati implicherebbe una interpetrazione in senso opposto, contro la quale il donante non sarebbe più ammesso a rivenire. 3. Finalmente, siccome il diritto di esercitare la deduzione di cui si tratta deriva dalla intenzione presunta delle parti, è evidente che il giudice potrebbe decidere, secondo il complesso dell' atto, che il donante non si abbia riservato questo diritto. Vedi: Ricard, Toullier, Troplong e Duranton *luogo cit.* Vedi altresì: L. 12. D. *de Donat.* 39, 5; LL. 15 22 C. *de Donat.* 8, 54; L. 72, *pr.* D. *de Jur. dot.* 23, 3; Savigny, IV, § 159; Wehin-Ingenheim, II, § 283. Del resto, la proposizione di cui si tratta non è, come si potrebbe credere, in opposizione col principio che il donatario di tutti o di parte de' beni presenti del donante non è, a riserba di una convenzione che ve lo sottoponga, tenuto ai debiti di costui. Di fatti, l' esecuzione di una donazione può far sorgere due quistioni: l' una di sapersi ciò che sia compreso nella donazione, o, in altri termini, ciò che il donante abbia inteso di donare; e l' altra di sapersi quali sieno i pesi a' quali il donatario trovisi sottoposto. Basta enunciare tali quistioni per far tosto comprendere che esse sono distinte ed indipendenti l' una dall' altra; la prima essendo relativa all' obbligazione del rilascio, la quale gravita sul donante; mentre la seconda concerne il donatario, e suppone, almeno in generale, che il rilascio abbia avuto luogo. Se il donante, il quale abbia disposto di tutti o di parte de' suoi beni presenti, è, giusta la natura medesima della disposizione, autorizzato a ritenere un valore sufficiente per pagare i suoi debiti, il donatario non dee perciò considerarsi come tenuto a soddisfarli o a contribuirvi. L' esercizio del diritto di ritenuta che compete al donante non può giammai avere pel donatario altra conseguenza, che quella di diminuire o di annientare il vantaggio della donazione. Tutt' altrimenti è della obbligazione, alla quale il donatario fosse sottoposto, di soddisfare i debiti del donante. Questa obbligazione, la quale sussisterebbe in tutta la sua estensione, malgrado la perdita delle cose do-

nale, il donante non sarebbe, in generale, ammesso ad esercitare siffatta ritenuta, ancorchè di fatto la donazione assorbisse la totalità de' suoi beni presenti (1). Ei non vi sarebbe neppure autorizzato nel caso in cui avesse donato, in un modo collettivo e senza specificazione, sia tutti i suoi mobili, o tutti i suoi immobili, sia una parte aliquota dei suoi mobili o de' suoi immobili (2).

Il sapersi se il donatario siasi implicitamente sottoposto al pagamento de' debiti del donante, è una semplice quistione di fatto, che dev'essere risoluta giusta il complesso dell'atto di donazione e le circostanze nelle quali esso sia stato stipulato (3). Se uno

nale, e la quale ligherebbe il donatario anche al di là dell' emolumento della donazione, potrebbe, sotto questo doppio rapporto, divenire per lui una occasione di perdita. Noi aggiungeremo che queste differenze, benchè palpabili, sono sfuggite alla più parte degli autori che sonosi occupati della quistione di sapere se la donazione di tutti o di parte de' beni presenti importi, di sua natura, l' obbligazione di pagare i debiti del donante; ed a questa circostanza soprattutto conviene, secondo noi, attribuire gli errori nei quali sono caduti gli uni, e le incoerenze che presentano le opinioni degli altri. Per sapersi quali sieno i debiti di cui il donante possa, in somigliante caso, esercitare la deduzione, debbonsi applicare le regole che saranno qui appresso stabilite pel caso in cui il donatario siasi obbligato a pagare i debiti del donante.

(1) Gli autori sembrano essere di accordo su questa proposizione. Vedi: Toullier, V, 818, n. 1. Grenier, 1, 91. Confr. In senso contrario: Limoges, 29 aprile 1817, Sir., XVII, 2, 164.

(2) Toullier, V, 818, n. 1. *Nec obstant*, art. 964 e 966. Il donatario di beni presenti non essendo, come il legatario universale o a titolo universale, tenuto di dritto al pagamento de' debiti, gli art. 964 e 966 sono compiutamente inadattabili alla quistione decisa nel testo. Trattasi qui unicamente di sapere, se colui, il quale abbia dichiarato di donare, sia tutti i suoi mobili o i suoi immobili, sia una parte aliquota de' suoi mobili o de' suoi immobili, possa sostenere, come colui che abbia donati tutti o parte dei suoi beni presenti senza distinzione, che la donazione versi solamente sopra ciò che resterà dopo la deduzione dei suoi debiti. E tale quistione non può essere risoluta che negativamente. Le espressioni: *tutti i miei mobili o tutti i miei immobili*, non s'intendono, come le parole: *tutti i miei beni*, di ciò che rimarrà dopo la deduzione de' debiti, e non indicano per conseguenza, da parte di colui che se ne sia servito in un atto di donazione, la volontà di operare una deduzione proporzionale de' suoi debiti. Confr. nondimeno: Duranton, VIII, 473, n. 3. Vedi in senso contrario: Grenier, I, 87.

(3) Tutti gli autori sono di accordo nel dire, che in questa materia bisogni, prima a tutto, consultare la comune intenzione de' contraenti. Così senza dubbio esser dee nel nostro sistema, secondo il quale, non altrimenti che in virtù di una convenzione espressa o tacita, il donatario di tutti o di parte de' beni presenti può essere sottoposto al pagamento de' debiti del donante. Ma ci sembra che i partigiani del sistema opposto sieno in contraddizione con sè medesimi, allorchè, mentre

stato de' debiti del donante sia stato alligato a tale atto, il donatario deve, in generale, essere riguardato, da una parte, come obbligatosi a soddisfare i debiti riportati in questo *stato*, e, da un'altra parte, come non aventesi voluto sottoporre salvochè al pagamento di questi medesimi debiti (1).

Pur tuttavolta il donatario, il quale siasi obbligato al pagamento de' debiti del donante non può, in mancanza di specificazione di tali debiti, essere convenuto se non per quelli la cui esistenza, nel giorno della donazione, fosse legalmente provata riguardo a lui (2).

Del resto, se, in mancanza di ogni obbligazione espressa o implicita, il donatario non è tenuto personalmente e direttamente a' debiti del donante, egli può però, come detentore de' beni donati, essere indirettamente astretto a soddisfarli, ne' casi in cui, in difetto di pagamento, egli sarebbe esposto a perdere siffatti beni. Questo è ciò che avrebbe luogo, per esempio, se si trattasse di debiti contratti ipotecariamente sugl'immobili compresi nella donazione, o se i creditori del donante si trovassero nelle condizioni richieste onde poter provocare, per mezzo dell'azione pauliana, la rivocazione della donazione.

Il donatario sottoposto all'obbligo di pagare i debiti del donante o di adempiere ad altri pesi, è tenuto a questa obbligazione sopra i suoi beni personali, ed anche al di là dell'emolumento della donazione (3). Egli non

decidono che il donatario sia di dritto obbligato al pagamento dei debiti del donante, vogliono nondimeno che si abbia riguardo innanzi tutto alla intenzione delle parti. Di fatti, deesi consultare l'intenzione dei contraenti per pronunziare sull'esistenza o per determinare l'estensione di un'obbligazione convenzionale; non è già lo stesso allorchè trattisi di una obbligazione legale. Le obbligazioni di questa ultima specie, e soprattutto quella che la legge impone a determinati successori di pagare i debiti del loro autore, non sono suscettive di essere eliminate o modificate, almeno per quanto riguarda i terzi creditori, da intenzioni o da stipulazioni contrarie.

(1) Arg. articolo 869. Ric. rig., 2 marzo 1840 Sir., XLI, 1, 346. Grenier, I, 89.

(2) Se il donatario potesse essere convenuto per debiti, la cui esistenza nel giorno della donazione non fosse certa, dipenderebbe dal donante lo annientare o lo alterare gli effetti della donazione, creando nuovi debiti: il che sarebbe contrario al principio della irrevocabilità delle donazioni. Arg. art. 869. Toullier, V, 818, n. 1. Grenier, I, 87. Duranton, VIII, 473, n. 2. Agen, 14 novembre 1842, Sir., XLII, 1, 164.

(3) In tal caso, il donatario non è solamente sottoposto ad una obbligazione *ob rem*, ma ad una obbligazione personale che gravita, come tale, sul suo proprio patrimonio. Indarno direbbesi che la donazione essendo un atto di beneficenza, e non dovendo per conseguenza tornare in danno del donatario, questi non possa essere tenuto a' pesi della donazione che *pro modo emolumenti*. Questa obbiezione non ha nulla di solido. Se la donazione è di sua natura un contratto unilate-

può liberarsene, contro la volontà del donante, offrendo d'abbandonare o di restituire i beni donati (1). Quanto a' terzi, a vantaggio dei quali il donatario si fosse obbligato d'adempiere a determinati pesi, la loro posizione è regolata dall'artic. 1075. Così,

rale e di beneficenza, essa riveste in un modo più o meno compiuto il carattere di un contratto sinallagmatico, quando sia fatta sotto determinati pesi. Or egli è di principio, che le convenzioni di questa ultima specie ligano, con egual forza, le due parti, e le astringono entrambe alla intera esecuzione delle loro obbligazioni. Per potersi sostenere che il donatario, il quale siasi obbligato senza restrizione ad adempiere a determinati pesi, non sia, per principio, tenuto a farlo che nella misura dell' emolumento della donazione, bisognerebbe dire, o che l' obbligazione contratta dal donatario di adempiere a' pesi che gli sieno stati imposti coll' atto di donazione sia nulla, quanto alla eccedenza di questi pesi sul valore de' beni donati; o che il donante si presuma legalmente di non aver voluto gravare il donatario, salvochè fino alla concorrenza di questo valore: e noi non veggiamo quale disposizione legislativa o qual principio di dritto s' invocherebbe per istabilire l' una o l' altra di queste tesi. Confr. Grenier, I, 94. Del resto, noi riconosceremo volentieri che il giudice potrebbe decidere, per interpetrazione dell' atto di donazione, che la comune intenzione delle parti sia stata quella di restringere, in ogni caso, i pesi della donazione al valore dei beni donati. Gli autori, secondo i quali il donatario di tutti o di parte de' beni presenti è di dritto tenuto al pagamento dei debiti del donante, insegnano che non sia questa altro che un' obbligazione *ob rem*, la quale non si estende al di là dell' emolumento della donazione. Siffatta opinione ci sembra incontrastabile secondo il sistema a cui si rannoda.

(1) Questa proposizione è una conseguenza del principio, che i contratti legalmente formati non possono essere disciolti unilateralmente da una delle parti. Essa è d' altronde sovrabbondantemente giustificata dall' art. 856, comb. con gli art. 859 e 886, e principalmente dall' articolo 1086 francese il quale suppone evidentemente che il donatario non goda in generale, e per diritto comune, della facoltà di abdicare la donazione. In vano s' invocherebbe l' art. 814, per dire, che la donazione essendo solamente un atto e non già un contratto, le regole sui contratti non sieno ad essa adattabili. Questa obiezione trovasi sufficientemente confutata mercè le spiegazioni date sull' art. 814. Grenier, I, 89 e seg. Toullier, V, 283. Duranton, VIII, 17. Ferry, *Dissertazione; Rivista straniera e francese*, X, 769 e seg., e 972 e seg. La più parte de' nostri antichi autori professavano l' opinione contraria fondandosi sul riflesso, che la donazione essendo un atto di beneficenza, non doveva giammai divenire onerosa pel donatario. Confr. Ricard, *delle Disposizioni condizionali*, cap. IV, sez. 1, n. 101 e 113; Pothier, *della Comunione*, n. 439; Furgole, sull' ordinanza del 1731, quist. 8. Ma, la considerazione alla quale si attengono questi autori manca di giustezza. Vedi la nota precedente. Del resto, intendesi bene che il donatario sarebbe l' arbitro di abdicare la donazione, se egli si avesse formalmente riserbata questa facoltà, e che il giudice potrebbe ancora, in mancanza di una riserva espressa a questo riguardo, decidere in fatto che tale sia stata l' intenzione delle parti.

il donante può unilateralmente sciogliere il donatario dal suo impegno, insino a che i terzi non abbiano manifestata l' intenzione di profittarne; ma dopo la loro accettazione, il donatario non può, neppure col consenso del donante, esimersi dall'adempimento dei pesi stipolati a loro favore (1).

Le regole or ora svolte si applicano ugualmente alle divisioni fatte dagli ascendenti in forma di donazione tra vivi. Così, per esempio, queste divisioni non importano, di pieno dritto, l'obbligo di pagare i debiti dell'ascendente donante, ancorchè esse versino sopra la totalità o sopra una parte aliqoota de' suoi beni.

630 f. Della rivocazione delle donazioni tra vivi.—Generalità.

Le donazioni tra vivi sono, in generale, irrevocabili. Questo principio soggiace non pertanto alle restrizioni seguenti;

1. Le donazioni sono suscettive d'essere rivocate sulla dimanda del donante o de' suoi aventi dritto, per causa d'inadempimento alle obbligazioni imposte al donatario (2), e per causa d'ingratitudine. Art. 878.

2. Allorchè una donazione sia stata fatta sotto una condizione risolutiva, espressa o tacita, diversa dal patto commissorio, essa è rivocata di pieno dritto per l' avveramento della condizione. Questo è ciò che ha luogo principalmente quando sopravvengano figli al donante, il quale non ne avesse avuti nel tempo della donazione. Art. 870.

La rivocazione di pieno dritto per l'avveramento di una condizione risolutiva è retta, salve le particolarità concernenti il caso di sopravvegnenza di figli, dalle regole generali sugli effetti delle condizioni risolutive.

630 *bis*. Specialità.—1) Della revocazione per causa d'inadempimento de' pesi imposti al donatario.

La rivocazione per causa d'inadempimento dei pesi imposti al donatario è, in generale (3), retta dalle regole ordinarie sul patto commissorio espresso o tacito nei contratti sinallagmatici. Quindi non

(1) Art. 1073.

(2) Servendosi, nell'art. 878, delle parole: « per causa d'inadempimento delle condizioni », i compilatori del Codice civile hanno adoperata la voce *condizione*, non già nel suo significato proprio e tecnico, ma nel significato volgare, e per esprimere le obbligazioni o pesi imposti al donatario.

(3) Allorchè una donazione sia stata fatta col peso di una rendita vitalizia, la sola mancanza di pagamento delle annualità della rendita autorizza forse il donante a domandare la risoluzione della donazione? Vedi per l' affermativa: Poitiers, 6 gennaio 1837, Sir., XXXVII, 2, 261; Caen, 21 aprile 1841, Sir., XLI, 2, 433. Questa soluzione ci sembra che debba essere adottata semprechè la rendita non oltrepassi, in un modo notevole, le rendite o gl' interessi de' beni donati; perchè, in somigliante caso, i motivi sui quali è fondata la disposizione eccezionale dell'art. 1850 non trovano applicazione. Nell' ipotesi contraria, converrebbe, secondo noi, attenersi alla disposizione di quest' articolo.

ha luogo che in virtù d'una sentenza, eccetto se, stipulando il patto commissorio, il donante abbia espressamente aggiunto che questo patto opererebbe il suo effetto di pieno dritto (1); e fuori di questo caso, il giudice è autorizzato ad accordare al donatario un termine per l'adempimento della sua obbligazione (2). Art. 881. Così ancora, la rivocazione si opera con effetto retroattivo; di maniera che essa trae seco la risoluzione delle alienazioni fatte al donatario (3), e fa rientrare i beni donati nelle mani del donante e de' suoi aventi-dritto, franchi e liberi da tutti i pesi ed ipoteche provegnenti dal donatario. Art. 879.

Il donante è, in generale, nel dritto di dimandare la rivocazione della donazione per causa di inadempimento delle obbligazioni imposte al donatario, qualunque sia la causa della mancanza di adempimento a tali obbligazioni, e quand'anche l'inadempimento ne sia divenuto impossibile per effetto di circostanze del tutto indipendenti dalla volontà del donatario ridetto (4).

I terzi acquirenti dei beni donati possono arrestare l'effetto della dimanda di rivocazione, offrendo di adempiere alle obbligazioni ingiunte al donatario. Sarebbe nondimeno diversamente se si trattasse di pesi che, secondo l'intenzione del donante, doveano essere adempiuti dal donatario medesimo (5). In tal caso, i terzi detentori non potrebbero resistere al rilascio dei beni donati of-

(1) L'art. 881 dice: « La rivocazione per l'inadempimento delle condizioni non avrà mai luogo *ipso iure* ». Ma, per quanto assolute sieno le espressioni di quest'articolo, la disposizione che esso contiene cessa di essere adattabile allorchè il donante abbia formalmente stipulato che in mancanza di esecuzione delle obbligazioni imposte al donatario, la donazione rimarrebbe risoluta di pieno dritto. Una somigliante stipulazione, la quale non ha nulla di contrario all'ordine pubblico nè a' buoni costumi, dee ricevere la sua esecuzione in materia di donazioni onerose, come in ogni altra convenzione sinallagmatica.

(2) Toullier, V, 278. Grenier, II, 210 e 213. Vazeille, sull'art. 881, n. 2. Bordeaux, 7 dicembre 1823, Sir., 14 maggio 1838, Sir., XXXVIII, 1, 49. Bourges, 10 febbraio 1843, Sir., XLIII, 2, 27.

(3) In caso di rivocazione di una donazione avente per oggetto un mobile incorporale, per esempio, una rendita, il donante può domandare la restituzione della cosa donata anche contro un terzo acquirente di buona fede. Caen, 21 aprile 1841, *Sir.*, XLI, 2, 433. Se si trattasse di una donazione di mobili corporali, si dovrebbe, per determinare gli effetti della rivocazione riguardo a' terzi detentori, distinguere tra 'l caso in cui questi ultimi sieno di buona fede e 'l caso in cui sieno di mala fede.

(4) Pau, 2 gennaio 1827, Sir., XXIX, 2, 215.

(5) Arg. art. 1190. S'appartiene al giudice il valutare questa intenzione, a norma della natura medesima de' pesi imposti al donatario e col soccorso delle presunzioni di fatto che lo stesso e 'l patrimonio delle parti, del pari che la loro posizione rispettiva, possono somministrare.

frendo d'adempiere essi a questi pesi in luogo e vece del donatario, ovvero di somministrarne lo equivalente in danaro (1).

631. Continuazione.—2) Della rivocazione per causa d' ingratitudine.

Le donazioni tra vivi non possono essere rivocate per causa di ingratitudine che nei tre casi seguenti (2): 1. allorchè il donatario abbia attentato alla vita del

(1) Questo è ciò che avverrebbe soprattutto nel caso in cui una donazione fosse stata fatta sotto la condizione che il donatario alloggiasse il donante, lo nudrisse e ne avesse cura sino alla fine de' suoi giorni. Limoges, 28 gennaio 1841, Sir., XLI, 2, 364. Vedi altresì le osservazioni presentate su questo arresto da Devilleneuve e Carrette.

* (2) La rivocazione per causa di ingratitudine è uno de' punti capitali del nostro subbietto; come è uno di quelli ne' quali rifulge al più alto grado l'accoppiamento della morale con la giurisprudenza.

* Il dritto romano avea posta sotto gl'imperatori la base di questo punto di dritto: la l. 6, D., *de agnos lib.* toglieva a' liberti ingrati il beneficio della libertà.

* Posteriormente l'ingratitudine fu una causa non men giusta di rivocazione delle donazioni fatte da' genitori ai loro figli.

* Indi questa pena fu estesa alle donazioni fatte dalle madri e dagli altri ascendenti.

* Era riservato per avventura a Giustiniano di concedere a' donanti estranei il diritto di far rivocare la donazione per causa d'ingratitudine: e tanto egli fece nel 530 con la famosa legge *Generaliter*, che è l'ultima del titolo del Codice *de revoc. don.*

* Fissa questa legge importante al numero di cinque i casi d'ingratitudine qualificati. Ecco le sue espressioni: « Ita ut injurias atroces in » eum effundat, vel manus impias » inferat, vel jacturae molem ex in» sidiis suis ingerat, quae non levem » sensum substantiae donatoris imponat; vel vitae periculum aliquod » ei intulerit, vel quasdam conven» tiones sive in scriptis donationi » impositas, sive sine scriptis habi» tas, quas donationis acceptor spo» pondit, minime implere voluerit ».

* Ella è tuttavia una quistione tra i filosofi quella di sapere se l'ingratitudine abbia ad esser punita altrimenti che coll'odio della gente onesta. A Seneca par sì malagevole ed incerto il giudicare dell'ingratitudine ch' ei preferisce lasciarne l'opinione anzichè la legge: « Sed quum » difficilis esset incertae rei aestima» tio, tantum, odio damnavimus et » inter ea reliquimus, quae ad ju» dices deos mittimus ». E poi, non sarebbe forse distrutto il principal merito del beneficio, se, come un prestito o una locazione, desse luogo ad un'azione? non cesserebbe la riconoscenza d'esser la cosa più onesta nel mondo, se fosse forzata? che onore vi sarebbe ad essere riconoscente, se non fosse dato con piena sicurtà mostrarsi ingrato? Senzachè tutti i tribunali sarebbero appena bastevoli per l'esecuzione di cotesta legge che sottomettesse l'ingrato ad un'azione; mercè che ciascuno magnifica i propri benefizi o i servigi che ha resi.

* Io non mi farò già a seguir Seneca ne' suoi ingegnosi svolgimenti. Ma mi affretto a dire che chi ben si penetra nel pensiere di quel filosofo vede chiaro che il suo punto di veduta grandemente differisce da quello in cui si pongono le leggi imperiali, onde abbiamo favellato. E di fermo, egli è preoccupato dallo sta-

donante; 2. allorchè siasi renduto colpevole verso di lui di sevizie, delitti, o ingiurie gravi; 3. allorchè gli neghi gli alimenti. Non sarebbe permesso ai giudici di pronunziare la rivocazione per altri fatti. Art. 880.

Il donatario può essere considerato di avere attentato alla vita del donante, quantunque non sia stato condannato per questo fatto (1), e gli atti di cui siasi renduto colpevole non presentino neppure i caratteri del tentativo secondo il dritto penale. È bastevole che egli abbia, con tali atti,

bilimento d'un'azione penale per castigare il delitto d' ingratitudine; ed in ciò sorge inconvenienti innumerevoli risultanti da valutazioni fallaci, da delicate varietà, dal grado di merito de' servigi, ecc.; tutto ciò che dice è da osservatore profondo ed acuto ad una volta; ed il giureconsulto non può qui che far plauso alle dottrine del filosofo; giacchè, tenendo conto dell'imperfezione degli uomini e dell'impossibilità di rendere severe le leggi del mondo quanto quelle della coscienza, si è astretto a dire, dopo aver umanamente valutate le cose umane, che l'ingrato non può esser punito nella società, come nol può esser l'empio, il malvagio, l'avaro, il crudele, l'iracondo, se può considerarsi come impunito colui che è abborrito. Onde sarebbe un andar troppo oltre l' imitare la legge de' Medi, che aveva stabilita l'azione penale contro l'ingrato. Secondo Valerio Massimo questa legge esisteva anche in Atene. Ma la prova migliore dell'inutilità delle leggi civili che si propongono la perfezione ne' rapporti degli uomini si è che appunto Atene fu la città che diè maggiori scandali per la sua ingratitudine, ove i servigi pubblici furono più oltraggiosamente disconosciuti, a tal segno che Valerio Massimo stesso, ricapitolando tutti i memorandi esempi dati dell' oblio dei benefizi da quella città irreconoscente, termina il suo capitolo sugl'ingrati, sclamando: « tutte le lingue della posterità si sono sciolte per rimproverare liberamente agli Ateniesi la loro vera ingratitudine ».

* Noi dunque conveniamo con Seneca che l'azione penale contro gli ingrati non può stabilirsi senza gran pericolo d'esser trascinato più oltre.

* Ma il punto preciso contemplato dalle leggi romane è affatto diverso: esse restano estranee ad ogni azion penale; non vogliono esercitare nè censura, nè punizione, nè uffizio di morale astratta; non si preoccupano altrimenti della ingratitudine verso colui che ha reso un di quei servigi, più o meno importanti, che son l'adempimento di un dovere d'umanità e che danno tanto prezzo al commercio degli uomini, ma che la legge punto non differisce: risguardano unicamente il caso preciso, limitato, tutto speciale, d'una donazione onde il donante si è spossessato del suo bene a favore del donatario; ed in questa ipotesi eccezionale vogliono che l'ingratitudine sia una causa di risoluzione della donazione, il che è cosa al tutto lodevole, morale, filosofica e giuridica. (Ved. Tropl., n. 1301 e seg.).

(1) La differenza che passa tra la compilazione dell' art. 878 e quella del num. 1. dell' art. 648 non lascia alcun dubbio su questo punto. D' altronde, era cosa naturale l' ammettere più facilmente una causa di rivocazione contro il donatario, che ripete unicamente il suo dritto dalla liberalità del donante, che una causa di esclusione contro l' erede, il cui titolo è nella legge stessa. Toullier, V, 331. Duranton, VIII, 555.

manifestata in modo non dubbio, l'intenzione di dar morte al donante (1).

I delitti contro i beni o il patrimonio del donante possono, come i delitti contro la sua persona, dar motivo alla rivocazione della donazione (2).

I fatti specificati in appoggio di una dimanda di rivocazione non possono esser presi in considerazione dal giudice, se non in quanto sieno moralmente imputabili al donatario. Adunque, se il donatario avesse, o in un eccesso di demenza, o per inettezza, negligenza, ovvero inosservanza dei regolamenti, causata la morte del donante, questo fatto non potrebbe dar motivo alla rivocazione della donazione (3). Ma lo stato di minore età non può servir di scusa allorchè volontariamente e con discernimento siasi renduto colpevole di fatti d'ingratitudine verso il donante (4).

Le ingiurie ed i semplici delitti contro la persona o i beni del donante non possono dar motivo alla rivocazione di una donazione, se non in quanto presentino, avuto riguardo alle circostanze ed alla condizione delle parti, un certo grado di gravezza (5).

(1) Così per esempio, se il donatario, coll' intenzione di uccidere il donante, scarichi contro di lui un fucile che egli credeva carico a palla, mentre non lo sia che a polvere solamente, o se gli somministri una bevanda che egli supponga per errore di contenere del veleno, tali fatti non costituiranno un tentativo di omicidio o di avvelenamento. Questo non sarà che un reato mancato, il quale non cadrà sotto la repressione della legge penale. Confr. Rauter, *Trattato del diritto criminale francese*, I, 99, e 104. E nondimeno è cosa incontrastabile che il donatario dovrà, in queste circostanze, e quanto all'applicazione dell'art. 878, essere considerato di avere attentato alla vita del donante. Posto ciò, si vede che il caso dell' attentato alla vita del donante non va compreso necessariamente nella categoria delle sevizie e de' delitti, e che era indispensabile lo indicar ciò separatamente. Questo è ciò che non ha osservato Duranton VIII, 553, il quale suppone che il n. 1 dell' art. 808 dica lo stesso che il n. 2.

(2) Duranton, VIII, 557. Civ. rig., 24 dicembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 256. Parigi, 17 gennaio 1833, Sir., XXXIII, 2, 155.

(3) Duranton, VIII, 556.

(4) La rivocazione della donazione essendo una penalità civile direttamente annessa alla ingratitudine del donatario, dev' essere pronunziata contro ogni persona che abbia agito con discernimento: *In delictis neminem aetas excusat*. Arg. art. 1264, Ricard, parte II, cap. VI, sez. I, n. 680; Pothier, *op. cit.*, sez. III, art. 3. § 2; Toullier, V, 338; Duranton, VIII, 564; Grenier, I, 219.

(5) L'aggettivo « gravi », che trovasi nel n. 2 dell' art. 880 dopo le parole: « delitti o ingiurie », si riferisce agli uni come alle altre. Duranton, VIII, 557. Confr. Tolosa, 29 aprile 1825, Sir., XXVI, 2, 18. Vedi per quanto concerne in particolare i delitti contro i beni del donante: Parigi, 17 gennaio 1833, Sir., XXXIII, 2, 155.

* Si comprende che il delitto contro la proprietà del donante costituisce un torto più biasimevole dal canto di colui che il donante ha gratificato. Ma si potrebbe egli far caso di torti quali che sieno, ovvero converrebbe esigere con la legge ro-

Il deniego di alimenti da parte del donatario non può, in generale, autorizzare una domanda di rivocazione, allorchè il donante abbia parenti o affini a' quali sia nel dritto di dimandare gli alimenti, e costoro sieno nello stato di somministrarglieli (1).

Le donazioni fatte a contemplazione di matrimonio, sia da terzi a vantaggio dei coniugi o di uno di loro, sia da uno de' coniugi

mana che il danno cagionato fosse considerevole: *Jacturae molem ex insidiis suis ingerat, quae non levem sensum substantiae donatoris imponat?* Un arresto della Corte di Parigi ha giudicato che delle sottrazioni senza importanza commesse da un domestico in pregiudizio della sua padrona che gli avea fatta una donazione di 15,000 fr. non costituirono punto il caso d' ingratitudine.

* Io credo nonostante che tutto dipenda dalle circostanze, e che si debba segnatamente aver l' occhio all' intenzione, al manco di riconoscenza, alla malignità dell'atto, piuttosto che alla quantità del danno. Di questa quantità non ha fatto parola l' artic. 995 (880); onde lascia alla coscienza del giudice la cura di arbitrare il fatto nel suo complesso; ed il giudice saprà qualificarlo, togliendo in considerazione tutto ciò che ne costituisce la fisonomia. Poniamo che il donatario vada per mal talento a recidere degli arbusti che il donante avrà piantati sulla sua proprietà: si crede per avventura che, comunque questa proprietà sia considerevole e nol sia punto il valore delle giovani piante, non sarebbe un tal fatto una ingratitudine abbastanza qualificata da autorizzare l'azione di rivocazione?

* Da un' altra banda, non ci ha forse de' casi ne' quali il furto da parte del donatario è un segno manifesto della più rea ingratitudine, pur quando questo furto non muti in modo sensibile lo stato di fortuna del donante? (Tropl., n. 1313).

(1) Vazeille, sull' art. 880, n. 6. Coin-Delisle, su quest' articolo, n. 14. Vedi in senso contrario: Duranton, VIII, 558. L' opinione profferita da quest' autore presuppone che la obbligazione alimentaria graviti in primo luogo sul donatario, e che ogni donazione dispensi, almeno fino a che rimangano esauriti i beni donati i parenti o affini del donante dall' obbligo di somministrargli alimenti. Or questa supposizione è evidentemente inammessibile: perciocchè è contraria allo spirito della legge sulle donazioni. Solamente quando il donante non possa per alcuna altra via procurarsi alimenti, dev' essergli permesso di domandarne al donatario. Autorizzarlo a reclamare alimenti da costui, senza dirigersi dapprima a' proprii parenti o affini in istato di somministrarglieli, sarebbe un recar offesa, senza necessità, al principio della irrevocabilità delle donazioni, ed un somministrare al donante, le cui propensioni verso il donatario fossero cangiate, il mezzo di resilire dalla sua liberalità. Del resto, si possono presentare delle circostanze in cui, malgrado l' esistenza di prossimi parenti o affini del donante, il donatario si renderebbe colpevole d' ingratitudine negandogli gli alimenti, ed in cui per conseguenza la rivocazione della donazione dovrebb' essere pronunziata. Questo è ciò che avrebbe luogo, per esempio, nel caso in cui il donante, essendo stato, per qualche avvenimento impreveduto subitamente privato di ogni mezzo di sussistenza, il donatario si negasse di soccorrerlo provvisoriamente, e fino al momento in cui gli fosse possibile di ottenere alimenti da' suoi parenti o affini.

a vantaggio dell'altro, non sono rivocabili per causa d'ingratitudine (1). Art. 884. Ma tutte le altre donazioni sono soggette a questa rivocazione, quali che ne sieno d'altronde i modi; e poco importa la forma sotto di cui esse sieno state fatte. Così le donazioni onerose (2), le rimuneratorie (3), ed anche le reciproche (4), vanno soggette alla rivocazione per causa d'ingratitudine, come le donazioni ordinarie. Così ancora, le donazioni mascherate ed i doni manuali vi sono soggetti, al pari delle donazioni che abbiano avuto luogo nella forma prescritta dall'art. 855. Questa causa di rivocazione si applica altresì alle semplici remissioni di debiti fatte *animo donandi* (5).

La rivocazione di una donazione per causa di ingratitudine non può essere dimandata che dal donante medesimo o dai suoi eredi (6). I successori universali ed

(1) Di fatti, non havvi distinzione a fare, per l'applicazione dell'art. 884, tra queste due specie di donazioni.

(2) Intendesi bene, che la rivocazione delle donazioni onerose o rimuneratorie non ha luogo che fino alla concorrenza della liberalità che esse racchiudano. Pothier, *op. cit.*, sez., III, art. 3, § 3.

(3) Pothier, *op. e luogo cit.* Ric. rig., 17 agosto 1831, Sir., XXXI, 1, 317.

(4) Pothier, *op. e luogo cit.* Duranton, VIII, 565.

(5) Pothier, *op. e luogo cit.* Delvincourt, II, 88. Duranton, VIII, 566. Vazeille, sull'art. 790, n. 9.

(6) L'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine è una di quelle azioni che hanno per oggetto principale la vendetta di una ingiuria, e nelle quali l'interesse pecuniario non è che accessorio. Essa dunque non dovrebbe, nel rigore de' principii, essere accordata che alla persona medesima del donante offeso, e non a' suoi eredi, salvo solamente a costoro il proseguire l'istanza che fosse stata introdotta dallo stesso donante; e questo è ciò che effettivamente decide la L. 7, C. *de Rev. don.* 8, 56. Ricard, parte III, cap. VI, sez. III, n. 704 e seg. Pothier, *op. cit.*, sez. VII, art. 3, § 4. Conf. nondimeno: L. 10, C. *eod. tit.*; Savigny, IV, § 169. I compilatori del Codice civile hanno creduto di doversi allontanare da questa decisione, autorizzando gli eredi del donante a domandare la rivocazione della donazione, allorchè egli sia morto prima di spirare l'anno a contare dal giorno in cui egli abbia avuta conoscenza de' fatti d' ingratitudine. Eglino sono partiti dalla idea, che se gli eredi sono, in generale, non ammessibili ad istituire un' azione della specie di quella di cui si tratta, ciò avviene unicamente perchè si presume che l' offeso abbia perdonata l' ingiuria, quando egli sia morto senza averne domandata la riparazione. E siccome questa presunzione non è sembrata loro compiutamente giustificata, salvochè nel caso in cui fosse trascorso un anno dal momento in cui il donante abbia avuta conoscenza della ingratitudine del donatario, così sono giunti naturalmente alla conseguenza che l' azione degli eredi debba essere ammessa allorchè il donante sia morto prima di spirare questo termine. Checchè ne sia, sembra incontrastabile che, non in qualità di successori ai beni del donante, ma bensì come rappresentanti la sua persona, i suoi eredi sieno, verificandosene il caso, autorizzati a do-

i creditori del donante mancherebbero di qualità, non solo per intentare una somigliante dimanda, ma ancora per proseguirla, nel caso in cui egli stesso l'avesse introdotta (1). Del rimanente, niente impedisce che il donante o i suoi eredi cedano ad un terzo l'azione di rivocazione che loro compete (2).

La dimanda di rivocazione non può intentarsi che contro lo stesso donatario, e non già contro i suoi eredi o successori universali. Ma quando essa sia stata istituita contro il donatario, può essere proseguita contro questi ultimi (3). Art. 882.

Tale dimanda deve, sotto pena di decadenza, essere introdotta tra l'anno, a contare dal giorno in cui i fatti imputati al donatario abbiano avuto luogo, ovvero dal giorno in cui questi fatti abbiano potuto essere conosciuti dal donante, e, secondo i casi, da' suoi eredi. Allorchè il donante sia morto dopo di avere avuto conoscenza dell'ingratitudine del donatario, e senza di avere istituita la dimanda di rivocazione, i suoi eredi debbono intentarla prima di spirare lo spazio di tempo che rimaneva a decorrere, dall'epoca della sua morte, per compiere l'anno durante il quale egli medesimo sarebbe stato ammessibile ad agire. Che se il donante sia morto senza aver conosciuta l'ingratitudine del donatario, il ter-

mandare la rivocazione della donazione, o a proseguire la domanda istituita a questo effetto dal donante. Di fatti, è impossibile di considerare l'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine come costituente, dopo la morte del donante, un diritto pecuniario che faccia parte della sua eredità. Essa rimane, per gli eredi ciò che era pel donante medesimo, un'azione avente principalmente per iscopo la riparazione dell'ingiuria a lui fatta, e nella quale la ripresa de' beni donati non è che un soggetto accessorio. Se fosse altrimenti, i creditori, in questa qualità, ed i creditori personali dell'erede, sarebbero ammessibili ad esercitare quest'azione in nome e contro la volontà di costui, mentre nondimeno è generalmente ritenuto che i creditori del donante non possono, lui vivente, usare di una tale facoltà.

(1) Questa proposizione trovasi sufficientemente giustificata dagli sviluppamenti dati nella nota precedente.

(2) La Corte reale di Pau ha deciso nel dì 2 gennaio 1827, Sir., XXIX, 2, 215 che la vendita fatta dal donante de' beni compresi in una donazione suscettiva di essere rivocata a cagione della ingratitudine del donatario, importasse virtualmente in vantaggio del compratore la cessione dell'azione di rivocazione.

(3) Questo è ciò che è stato sempre ammesso, secondo la regola: *Omnes actiones quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae iudicio, salvae permanent.* Confr. Ricard e Pothier, *luoghi citt.* Il testo del secondo comma dell'art. 882 non ha nulla di contrario a questa proposizione. Se quest'articolo nega al donante il diritto di *domandare* la rivocazione, vale a dire, di intentare la domanda di rivocazione contro gli eredi del donatario, esso non gl'interdice però di proseguire contra di loro una domanda che egli avesse istituita a tale effetto contro il donatario medesimo. Toullier, V, 337, Duranton, VIII, 562.

mine non comincerà a decorrere contro gli eredi che dal dì della morte del donante, o dal giorno in cui essi stessi avranno avuta conoscenza dei fatti di cui il donatario si fosse renduto colpevole(1). Il termine di un anno, fissato per l'introduzione d'una dimanda di rivocazione, decorre contro tutte le persone indistintamente (2). Esso non rimarrebbe neppure sospeso durante il matrimonio del donante e della donataria (3).

Del resto, l'azione di rivocazio-

(1) Queste due ultime proposizioni si ligano intimamente l'una all'altra, e vanno giustificate dalle considerazioni seguenti: il termine per la introduzione della domanda di rivocazione è stato ristretto ad un anno, per motivo che il silenzio del donante o de' suoi eredi durante questo spazio di tempo fa presumere che essi abbiano perdonata l'offesa. Or siccome il silenzio del donante e de' suoi eredi non può essere loro opposto, se non in quanto essi erano istruiti dei fatti d'ingratitudine, così il termine di che si tratta non dee correre contro di essi che a contare dal giorno in cui acquistano conoscenza di questi fatti. Arg. art. 1258, comma 2. Nondimeno, si è presa ragione dalle espressioni finali dell'art. 882: « o fosse egli mancato di vita dentro l'anno del commesso delitto », per sostenersi che gli eredi del donante non fossero in verun caso ammessibili ad agire dopo lo spirare dell'anno del termine, e che solamente in favore del donante il termine ordinario si trovasse prorogato per effetto della mancanza de' fatti d'ingratitudine. Ma questa maniera d'interpetrare l'art. 882 è evidentemente inammessibile. Di fatti, risulta dalla correlazione che passa tra le due parti di quest' articolo, che è appunto l'azione, tale quale è regolata, in ordine al termine, dal primo comma, quella che il secondo comma accorda agli eredi del donante, e che quindi costoro sono nel diritto di prevalersi della disposizione del primo comma il quale determina il punto d'onde parte questo termine. L'interpetrazione che noi combattiamo è d'altronde contraria allo spirito della legge, il quale è stato quello di accordare l'azione di rivocazione agli eredi del donante sempreché essa non siasi estinta nella persona di lui. Noi aggiugneremo che questa interpetrazione menerebbe ad un assurdo; perciocchè, ammettendola, converrebbe dichiarare gli eredi non ammessibili ad agire nel caso in cui il donante fosse morto dopo l'anno dell'offesa, e senza averne avuto conoscenza, benchè in questa ipotesi il termine per introdurre l'azione non fosse neppur cominciato a decorrere contro il donante, e, da un altro canto, i suoi eredi fossero stati assolutamente privi di qualità per agire prima della sua morte. Duranton, VIII, 562. Civ. rig., 24 dicembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 256. Ric. rig., 17 agosto 1831, Sir., XXXI, 1, 317. Confr. Douai, 15 gennaio 1828, Sir., XXVIII, 2, 140.

(2) *Nec obstat* art. 2158. Non trattasi qui di una vera prescrizione, ma di un semplice termine che importa decadenza; e l'articolo (2252) 2158 non è adattabile a somiglianti termini.

(3) Questa proposizione troverebbe la sua applicazione nel caso in cui, trattandosi di una donazione fatta da uno de' coniugi all'altro, in un'epoca in cui il loro matrimonio non era ancora progettato, il coniuge donatario si fosse, dopo la celebrazione del matrimonio, renduto colpevole d'ingratitudine verso il suo coniuge. Si oppone, per combatterla, la disposizione dell'art. 2159. Ma que-

ne sarebbe spenta, anche prima dello spirare del termine di che trattasi, se il donante o i suoi eredi avessero espressamente o tacitamente rimessa l'offesa al donatario (1). Si presumerebbe d'aver essi perdonato a quest'ultimo se avessero volontariamente eseguita la donazione in un'epoca in cui avevano di già conoscenza dei fatti d'ingratitudine (2).

La rivocazione a causa d'ingratitudine non ha giammai luogo di pieno dritto. Il giudice che conosce della dimanda, valuta sovranamente, sotto il doppio rapporto e della loro imputabilità e della loro gravezza, i fatti di cui viene rimproverato il donatario. Articolo. 881.

Siffatta rivocazione non produce effetto riguardo a' terzi, che a contare dalla dimanda (3). Allorchè trattisi di una donazione avente per oggetto immobili suscettivi di ipoteche, la rivocazione non ha neppure effetto riguardo a' terzi, se non che a contare dalla iscrizione di un estratto della dimanda nel margine della

st'articolo sembra, del pari che l'art. 2158, assolutamente inadattabile ai semplici termini importanti decadenza. E quando anche fosse permesso di estenderne la disposizione ai termini stabiliti per l'esercizio di determinate azioni o facoltà, per esempio, dell'azione di rescissione per causa di lesione, o della facoltà di ricomprare, non si potrebbe, senza porsi in opposizione con lo spirito della legge, applicarla all'azione di rivocazione per causa d'ingratitudine. Siccome la decadenza ammessa dall'art. 882 alla inazione del donante o degli eredi è fondata sopra una presunzione di perdono da parte loro, questa decadenza è naturalmente opponibile tra coniugi, perchè tra essi la rimessione di una offesa si presume facilmente. Parigi, 6 luglio 1814, Si., XXV, 1, 272. Confr. in senso contrario le considerazioni di un arresto di rigetto della camera civile, del 17 marzo 1835; Sir., XXXV, 1, 163; Rouen, 25 luglio 1829, Sir., XXXI, 2, 72; Caen, 23 aprile 1839; Sir., XXXIX, 2, 372; Rennes, 20 luglio 1843, Sir., XLIII, 1, 729, nella nota.

(1) Arg. art. 223. Ricard, parte III, cap. VI, sez. III, n. 730. Pothier, *op. cit.* sez. III, art. 3, § 5. Duranton, VIII, 561. Delvincourt, sull'articolo 882.

(2) Ric. rig. 4. genn. 1842, Sir., XLII, 1, 214.

(3) La disposizione del primo comma dell'art. 883, giusta la quale la rivocazione per causa d'ingratitudine non ha effetto riguardo a' terzi salvochè a contare dal giorno della iscrizione di un estratto della dimanda nel margine della trascrizione, non concerne evidentemente che le donazioni soggette a trascrizione, vale a dire, quelle che abbiano per oggetto immobili capaci di ipoteche; quanto alle altre donazioni, bisogna attenersi al principio dell'antico dritto, secondo il quale gli effetti della rivocazione risalivano al giorno della domanda: principio, che d'altronde l'art. 883 presuppone. Da ciò risulta, fra l'altro, che la rivocazione di una donazione avente per oggetto un credito trae seco l'annullamento della cessione di questo credito fatta dal donatario, allorchè la significazione della cessione non abbia avuto luogo che dopo l'introduzione della domanda di rivocazione: e ciò indipendentemente da ogni pubblicità data a questa domanda.

trascrizione dell'atto di donazione (1). Così, essa non pregiudica nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed agli altri pesi reali che egli abbia potuto imporre su' beni donati, prima dell'una o dell'altra dell'epoche che abbiamo indicate. Art. 883, comma. 1.

Per le parti, però, gli effetti della rivocazione risalgono al giorno della donazione, in questo senso almeno, che il donatario è non solamente obbligato a restituire tutti i beni donati che egli possegga tuttavia, ma che egli è di più tenuto a bonificare al donante il valore, avuto riguardo al tempo della dimanda, di quelli tra siffatti beni che avesse alienati (2), e a renderlo indenne per ragione delle ipoteche o degli altri pesi di cui egli li avesse gravati (3), poco importando d'altronde che tali alienazioni o costituzione di pesi reali abbiano avuto luogo a titolo gratuito (4). Quanto a' frutti o alle rendite de' beni donati, il donatario non ne dee la restituzione che a contare dal giorno della dimanda. Ed altresì, in generale, soltanto a contare da que-

(1) Se la trascrizione non fosse stata effettuata, il donante dovrebbe, per assicurare l'effetto della domanda di rivocazione, adempire egli medesimo a questa formalità, e far poscia inscrivere la sua domanda nel margine della trascrizione. Toullier, V, 825. Duranton, VIII, 570. Conf. (Locré. *Legisl.* t. XI).

(2) Ricard (parte I pr. cap. VI, sez. III, n. 714 e seg.) e Pothier (*op. cit.* sez. III, art. 3 § 4) insegnavano, fondandosi sulla L. 7. C. *de Revoc. don.* (8, 56), e contro l'avviso di Dumolin (*Commentarii in consuetudines parisienses*, § 33, glossa 1, n. 58), che il donatario non fosse tenuto, in caso di rivocazione della donazione per causa d'ingratitudine, a restituire il valore delle cose alienate prima della dimanda, ancorchè vi si trovasse arricchito per effetto della loro alienazione. I compilatori del Codice civile hanno rigettata questa maniera di vedere, la quale, anche secondo i principii del diritto romano, era troppo assoluta. Confr. Savigny, *Sistem. des Pandektenrechts*, IV, § 169. Non si può, secondo noi, se non applaudire al sistema che essi hanno adottato; perchè esso presenta il doppio vantaggio, e di assicurare l'efficacia della pena che la legge attacca alla ingratitudine del donatario, e d'impedire che il diritto del donante di domandare la rivocazione della donazione divenga illusorio in conseguenza della circostanza puramente accidentale dell'alienazione delle cose donate, e tuttochè il donatario si trovi d'altronde *in bonis*.

(3) Questa proposizione è una conseguenza necessaria della regola stabilita dal secondo comma dell'art. 883. Conf. la nota precedente.

(4) *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* D'altronde, la distinzione di cui si tratta sarebbe contraria allo spirito della legge. Di fatti, ciò che prova di non avere il legislatore inteso di far dipendere l'obbligo di restituzione, che egli imponeva al donatario, dalla circostanza che costui si trovasse arricchito per effetto dell'alienazione di tutte o parte delle cose donate, si è, che egli ha fatto versare quest' obbligo sul valore delle cose alienate, senza aver riguardo al prezzo che il donatario ne possa avere ritratto, e senza distinguere se egli abbia dissipato questo prezzo, o se lo abbia utilmente impiegato.

sì'epoca egli deve dar conto dei deterioramenti de' beni donati, provegnenti o dalla mancanza di manutenzione di questi beni, o da cangiamenti che vi avesse eseguiti. Art. 883, comma 2, ed arg. da quest'articolo.

632. Continuazione.—3) Della rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli (1).

Ogni donazione provegnente da una persona la quale non aveva figli o discendenti attualmente viventi, nell'epoca in cui sia stata fatta, resta rivocata di pieno dritto allorchè sopravvengano figli al donante (2). Art. 885.

1. La rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli è fondata sulla presunzione legale, che il donante non si sarebbe spogliato a vantaggio di estranei, se avesse pensato ch'ei dovesse avere figli, e che quindi egli non abbia inteso di donare che sotto la condizione della rivocazione nel caso di sopravvegnenza di figli (3). Questa presunzione è talmente assolu-

(1) La giurisprudenza de' parlamenti aveva estesa ad ogni specie di donazioni la disposizione della L. 8, C. *de Rev. don.* (8, 56) la quale dichiarava rivocare, per causa di sopravvegnenza di figli; le donazioni fatte da un patrono al suo liberto; e questa giurisprudenza era stata consacrata dall'ordinanza del 1731. La commissione della compilazione del Codice civile, tocca dagl'inconvenienti annessi alla proprietà per troppo lungo tempo incerta, credette di dover rigettare questa causa di rivocazione, ed inserì a tal fine nel suo progetto una disposizione così conceputa: « la sopravvegnenza di figli non produce la rivocazione delle donazioni, ma solamente la loro riduzione alla disponibile ». (Titolo *delle Donazioni*, art. 68). Quest'articolo, conservato dalla sezione di legislazione del consiglio di Stato, divenne presso questo consiglio l'oggetto di una assai viva discussione, in conseguenza della quale si risolvè di attenersi al diritto stabilito dalla ordinanza del 1731. Gli art. 883 ad 891 sono la riproduzione letterale degli articoli 39 a 46 di questa ordinanza, e debbono per conseguenza essere intesi nello stesso senso onde questi ultimi erano interpretati ed applicati. Ved. *Discussione presso il consiglio di Stato* (Locrè, *Legisl.* t. XI).

(2) La rivocazione di una donazione per sopravvegnenza di figlio giova al donante, e non ha bisogno di essere provocata dal figlio; per la sopravvegnenza del quale essa sia avvenuta. Liegi, 3 agosto 1843, *Giur. di B.* 1843, p. 386.

(3) Pothier, *delle Donazioni tra vivi*, sez. III, art. 2. *Discussione presso il consiglio di Stato* (Locrè, *op. e luogo cit.*). *Esposizione dei motivi*, di Bigot-Préameneu (Locrè, *Legisl.*, t. XI, num. 51), di Favard (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 51).

* *Dritto romano.* — Ammessa la opinione comunemente ricevuta nel foro, che per la sopravvenienza di figli si facesse luogo alla revoca della donazione, convenivano generalmente gl' interpreti nel non concedere la stessa revoca quando al donante sopravvenivano figli naturali, poichè questi in riguardo al loro padre non venivano sotto nome di figli, arg. l. 6, ff *his quae ut ind.*; l. 5, ff *de in jus vocand.*, l. 2, § 3, ff *de excusat. tutor.*, non in quanto alla madre, rispetto alla quale erano considerati come gli altri figli legittimi. Così pure convenivano gl' interpreti, che la donazione non si rivocava per la sopravvenienza di fi-

la, che non cederebbe a fronte di una dichiarazione contraria del donante, e la rivocazione si effettuirebbe malgrado ogni clausola o

gli adottivi, arg. l. 67, ff *de cond. et demonstrat.* Non importava poi, che uno o più figli fossero sopravvenuti, poichè non si poteva dire privo di figli colui che ne avea anche un solo, l. 147, l. 149, ff *de verb. signif.*, l. 6. § 2, *Cod. ad S. C. Treb.*, l. 101, § 1, ff *de cond. et demonst.* Come pure non importava che tali figli fossero stati di primo o di ulterior grado, poichè sotto la parola *liberos* usata in d. l. 8, *Cod. de revocan. donat.* si comprendevano tutti i discendenti, l. 6, § 2, *Cod. ad S. C. Trebell.* § *ult.*, *inst. qui test. tut. dar. poss.*, l. 200, ff *de verb. signif.* Neppure si faceva differenza tra figli legittimati e figli legittimi, poichè anche i legittimati succedevano al loro padre insieme coi legittimi.

* Non tutte le donazioni si rivocavano per la sopravvenienza di figli, ma soltanto quelle le quali erano di qualche considerazione, avuto riguardo alle circostanze dei casi particolari, la qual cosa veniva lasciata all'arbitrio del giudice, secondo la comune opinione degl' interpreti, siccome la citata l. 8. *Cod. de rev. donat.* disponeva soltanto che si revocavano le donazioni di tutti i beni, o di una parte di essi, ma non definiva quale dovesse essere questa parte; d'altronde sarebbe stato ingiusto il concedere la revoca di quelle donazioni, le quali per la loro tenuità si sarebbero fatte dal donante non ostante che avesse pensato all' atto delle medesime di potere aver figli.

* Così pure non si revoca la donazione rimuneratoria, quella fatta a contemplazione del matrimonio del donatario da una qualche persona a lui congiunta o estranea, e generalmente tutte le donazioni *ob causam* purchè la causa fosse stata corrispondente all' entità della donazione. Imperciocchè in quanto alla donazione fatta a contemplazione del matrimonio del donatario, riflettevano gl'interpreti che sarebbe stata iniqua cosa se si fosse potuto rivocarla, atteso che per l' una parte probabilmente aveva dato causa al matrimonio, al quale forse non si sarebbero indotti i coniugi senza la donazione, per esser privi dei mezzi onde alimentare la prole che loro sarebbe sopravvenuta, e per l'altra riguardavano la donazione a contemplazione di matrimonio come un contratto innominato, in cui il donatore donava perchè seguisse il matrimonio, e ravvisavano perciò in tale donazione il contratto *do ut facias*, dal quale non si poteva recedere, per dritto civile, dopo la di lui consumazione, e per consuetudine dopo la di lui perfezione, per volontà di un solo de' contraenti, l. 5, *Cod. de obl. et act.* In quanto poi alle altre donazioni *ob causam*, consideravano che queste non erano propriamente semplici donazioni fondate sulla sola liberalità, ma che erano donazioni improprie, l. 1, ff *de donat.*, le quali non erano state considerate dalla l. 8, *Cod. de rev. donat.*

* Molti autori hanno sostenuto che per la sopravvenienza dei figli la donazione si revocava per opera della legge, e molti altri hanno opinato che vi era bisogno della sentenza del giudice. L' utilità di questa disputa poteva consistere principalmente in ciò, che se la donazione fosse stata rivocata *ipso jure* il dominio de' beni donati sarebbe ritornato al donatore al momento della sopravvenienza dei figli, ancorchè i medesimi fossero morti prima che il loro padre avesse rivendicato dalle mani del donatario i beni donati.

convenzione con cui egli vi avesse rinunziato. Art. 890. Del resto, la rivocazione è stabilita, meno a vantaggio del donante in questa qualità, che nel suo interesse come padre de' figli che gli sieno sopravvenuti, e nell' interesse di costoro (1).

2. La rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli si applica non solamente alle donazioni fatte nella forma ordinaria, ma ad ogni specie di liberalità tra vivi, in qualunque forma, a qualunque titolo, e sotto qualsivoglia modo esse sieno state fatte. Così, essa ha luogo per le donazioni mascherate (2), pe' doni manuali,

All' opposto se la donazione avesse dovuto essere rivocata per sentenza del giudice, i beni non avrebbero potuto ritornare in dominio del donante, se prima della rivocazione della donazione fossero morti i figli, poichè sarebbe mancata la causa della rivocazione, e quindi la rivocazione medesima.

* Coloro i quali hanno opinato per la rivocazione *ipso jure* hanno creduto che quando la l. 8, *Cod. de revoc. donat.* ha detto « totum quid» quid largitus fuerat, revertatur in » ejusdem donatoris arbitrio ac di» tione mansurum » abbia ella stessa pronunciata la sentenza senza bisogno dell'opera dell'uomo.

* Gli altri hanno opposto che la suddetta legge non ha voluto far ritornare al donaute il dominio dei beni donati, e che non gli ha concesso se non l'azione personale chiamata *condictio ex lege*, onde acquistare il dominio dei beni medesimi.

* Dipoi hanno detto che alla loro opinione non fa ostacolo la parola *revertatur*, poichè essa non importa traslazione di dominio; e per provare ciò sono ricorsi ad un rescritto di Alessandro, il quale decise, che sebbene il venditore di un fondo avesse stipulato che gli sarebbe ritornato il fondo medesimo nel caso che il compratore non gli avesse pagato il residuo del prezzo nel termine stabilito, pure non competeva al venditore medesimo la rivendicazione del fondo, ma soltanto l'azione personale *ex vendita*, l. 3, *Cod. de pacto inter emptor et vendit.* Dippiù hanno soggiunto, che anche nella l. 5, *Cod. de inoff. donat.* sta scritto che i beni donati dal genitore in pregiudizio della porzione legittima dei figli debbano ritornare nel patrimonio del genitore medesimo onde compiere la legittima ai figli, pure è indubitabile che le donazioni inofficiose non erano *ipso jure* inutili, ma che dovevansi ridurre mediante querela, l. 12, *Cod. de inoff. donat.*

* Sembra che questa opinione fosse la più probabile, non ostante che avesse molti contraddittori.

(1) Questa proposizione è importante; perchè essa fornisce il principio di soluzione di più quistioni, che saranno esaminate qui appresso. Ricard, parte III, cap. V, sez. II, n. 572. Pothier, *op. cit.*, sez. III, art. 2, § 1. *Discussione presso il consiglio di Stato, op. e luogo cit.* Confr. in questo senso i considerando delle decisioni della Corte di cassazione e della Corte reale di Montpellier, citate nella nota seguente. Confr. nondimeno Furgole, sull'ordinanza del 1731, quist. 16; Toullier, V, 302, Grenier. I, 203.

(2) Arg. artic. 890. Se il donante non può direttamente, e con una clausola espressa, rinunziare alla rivocazione, ei non può tanto maggiormente rinunziarvi mascherando la sua liberalità sotto l'apparenza di un contratto oneroso. Il sistema contrario è tanto meno ammessibile, in

per le liberalità fatte nelle ipotesi indicate dall'art. 1675 (1); ed anche per le semplici remissioni di debiti effettuate *animo donandi* (2), come per le donazioni fatte nella forma prescritta dall'art. 855. Essa ha luogo egualmente per le donazioni onerose (3) o rimuneratorie e per le reciproche, come per le donazio-

quantochè la rivocazione è stabilita nell'interesse dei figli, del pari che in quello del donante medesimo. Ric. rig., 6 novembre 1832, Sir., XXXII, 1, 801, Montpellier, 12 giugno 1834, Sir., XXXV, 2, 24.

(1) Rennes, 18 agosto 1836, Sir., XXXVIII, 2, 71.

(2) Pothier, *op. e luogo cit.* Delvincourt, II, 80. Duranton, VIII, 556, Vazeille, sull'art. 890, n. 3. Toullier V, 312, Poujol sull'art. 585, n. 17 e Coin-Delisle sull'art. 878, n. 14, non ostante che ammettano, essere le remissioni di debito per loro natura soggette a rivocazione per causa di sopravvegnenza di figliuoli, insegnano nondimeno che la rivocazione non abbia luogo, se la remissione essendo stata fatta giusta il modo indicato negli art. 1236 e 1237, non si trovi comprovata mercè un atto nelle forme. Ma, una tale restrizione dev'essere rigettata, perchè essa è contraria tanto allo spirito quanto al testo dell'art. 885, il quale sottoponendo alla rivocazione ogni specie di donazioni, vale a dire, di liberalità tra vivi, non ammette veruna distinzione desunta dalla forma o dal modo adoperato per esercitare una liberalità. Può senza dubbio avvenire, nell'ipotesi di cui si tratta, che il debitore, al quale l'atto comprovante il credito sia stato restituito, venga a sostenere che la restituzione ne abbia avuto luogo per effetto di pagamento, e che quindi il creditore o i suoi figliuoli si trovino in imbarazzo per giustificare che la consegna abbia avuto luogo a titolo gratuito. Ma, qualunque sieno le difficoltà che questa prova debba d'ordinario presentare in fatto, essa non è però meno ammessibile in dritto, non solamente nel caso della tradizione volontaria della copia di prima edizione di un atto autentico, ma ancora nel caso della restituzione di un atto originale privato. Se, come noi l'abbiamo stabilito, il credito sia comprovato mediante un atto privato, da terzi cointeressati, sono, in generale, non ammessibili a provare, contro l'allegazione del debitore, che la restituzione di questo atto abbia avuto luogo con lo scopo di una rimessione di debito puramente gratuita, questa regola riceve naturalmente eccezione semprechè la sua applicazione potesse avere per effetto il coprire una frode alla legge. Or questo è ciò che avrebbe luogo, se il creditore, il quale, in una epoca in cui non aveva figli, abbia fatta al debitore la rimessione del debito restituendogli l'atto che lo comprovi, non fosse ammesso, in caso di sopravvegnenza di figli, a provare che questa restituzione abbia avuto luogo a titolo gratuito. Di fatti, secondo questo sistema, dipenderebbe dal creditore, il quale volesse esercitare una liberalità in favore del debitore, il sottrarla ad ogni eventualità di rivocazione, e lo eludere in tal guisa la disposizione cotanto assoluta dell'art. 886.

(3) Una rendita vitalizia costituita a vantaggio di una artista drammatica, pe' suoi buoni uffizii, e che contenga queste espressioni: « che ove mai ella comparisse di nuovo sulle scene, la detta rendita rimarrebbe estinta di pieno dritto », non viene a cessare per causa della sopravvegnenza di un figlio al costituente, se la condizione stipulata sia

ni puramente gratuite. Finalmente, essa si applica altresì, in generale, alle donazioni a contemplazione di matrimonio, sia di beni presenti, sia di beni futuri, o di beni presenti e futuri.

Le donazioni fatte tra coniugi, sia per contratto di matrimonio (1), sia durante il matrimonio (2), sono le sole eccettuate dalla rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli. L'eccezione relativa a tali donazioni si applica non solamente al caso in cui nascano de' figli dallo stesso matrimonio a contemplazione del quale esse abbiano avuto luogo, ma ancora al caso in cui essendosi sciolto questo matrimonio senza figli, per la morte del coniuge donatario, sopravvengano al donante figli da un nuovo matrimonio (3). Del rimanente, questa eccezione non si estende alle donazioni che uno de' coniugi avesse fatte all'altro anteriormente al contratto di matrimonio, ed in un'epoca in cui la loro unione non era ancora progettata (4).

L'estensione della donazione e'l valore delle cose donate sono del pari senza influenza sulla rivocazione. Le donazioni rimangono rivocate per la sopravvegnenza di

stata adempiuta a tal segno, che l'artista abbia rinunziato alla sua carriera drammatica, la quale le procurava emolumenti riconosciuti equivalenti a' vantaggi conferiti dall'atto di costituzione di rendita. Bruxelles, 7 gennaio 1835, *Giur. di B.*, 1; *Osservazioni del tribunato* (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 40).

(1) L'art. 885 eccettua dalla rivocazione non solamente le donazioni fatte a contemplazione di matrimonio da' coniugi l'uno all'altro, ma ancora quelle che siano fatte dagli ascendenti a' coniugi. Noi non abbiamo creduto di dover riprodurre quest'ultima disposizione, la quale è affatto sovrabbondante; perciocchè l'ascendente, il quale doni per contratto di matrimonio a' coniugi o ad uno di essi, non è senza figliuoli o discendenti, e però la disposizione principale dell'art. 885 è inadattabile a somiglianti donazioni. L'art. 39 dell'ordinanza del 1731 diceva: « anche quelle che fossero state fatte a contemplazione del matrimonio *da altri che da' coniugi o dagli ascendenti* ». Confr. sul senso che attribuivasi a siffatte espressioni, le quali erano lungi dall'esser chiare, e sulla nuova compilazione dell'art. 885: Pothier, *op. cit.*, sez. III, art. 2, §

(2) Art. 1050, comma 3. Duranton VIII, 587 non aveva presente alla sua mente la disposizione di quest'articolo, allorchè nel passaggio citato egli è impegnato a stabilire con una serie di argomenti, la cui esattezza potrebbe esser posta in contestazione, che la disposizione dell'art. 885 non si applichi alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio.

(3) Di fatti, la legge esime le donazioni di che trattasi dalla rivocazione per causa di sopravvegnenza di figliuoli, senza distinguere tra i figliuoli nati dal matrimonio a contemplazione del quale sieno state fatte, ed i figliuoli che fossero nati da un matrimonio posteriore. Merlin, *Quest.*, v. Rivocazione, § 1. Toullier, V, n. 10. Duranton, VIII, 582. Poujol, sull'art. 885, n. 10, Coin-Delisle, sull'art. 885, n. 43. Ric. rig., 29 messidoro anno XI, Sir. *Nuova collez.*, 1, 1, 834. Vedi in senso contrario: Furgole, sull'art. 39 dell'ordinanza del 1731, quist. 49, n. 4; Delvincourt, II, 289; Grenier, I, 199.

(4) Duranton, VIII, 574.

figli, per quanto considerevoli o modiche esse sieno, avuto riguardo al patrimonio del donante. Debbonsi nondimeno eccettuare dalla rivocazione i piccoli regali di uso o di circostanza (1). Articolo 883.

3. L'esistenza, nel tempo della donazione, di un solo figlio o discendente legittimo forma ostacolo alla rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli (2). Ma il figlio il cui concepimento risalga ad un'epoca anteriore alla donazione non dee, per quanto riguarda la rivocazione, essere considerato come se fosse esistito fin da tale epoca. Art. 886.

L'esistenza, nel tempo della donazione, di un figlio adottivo del donante impedisce la rivocazione, come l'esistenza di un figlio legittimo. Ma diversamente avviene dell'esistenza di un figlio naturale, tuttochè riconosciuto (3).

Pur tutta volta, una donazione

(1) Arg. art. 771, Pothier, *op. e luogo cit.* Toullier, V, 311.

(2) L'art. 885 parla per verità in plurale, dicendo: « da persone che non avevano figli o discendenti »; ma è bastevole che una persona abbia un solo figliuolo, perchè sia impossibile di dire che ella non ha figliuoli. *Non est sine liberis, cui vel unus filius, unave filia est: haec enim enuntiatio:* HABET LIBEROS, NON HABET LIBEROS, *semper pluralico numero profertur.* L. 148, D. *de V. S.* 50, 16.

(3) Tutti gli autori i quali hanno scritto sull'ordinanza del 1731 sono di accordo nel dire che, del pari che la sopravvegnenza di un figliuolo naturale non produce la rivocazione di una donazione, così pure la sua esistenza nell'epoca in cui essa sia stata stipulata non forma ostacolo a tale rivocazione. Vedi: Ricard, parte III, cap. II, sez. IV, 699 e seg.; Pothier, *op. cit.*, III, art. 2, § 2. Essi considerano con ragione queste due proposizioni come correlative; e si può tanto meno ammettere che i compilatori del Codice civile abbiano voluto allontanarsi da questa dottrina, in quantochè hanno riprodotte letteralmente le parole dell'ordinanza. D'altronde, il testo dell'art. 883 ci sembra che pienamente giustifichi l'opinione da noi emessa. Di fatti, se la voce *figliuoli*, adoperata essa sola nelle disposizioni della legge, comprende sovente i figliuoli naturali come i figliuoli legittimi, essa non può più essere intesa in questo largo significato, quando si trovi congiunta alla parola *discendenti*. Siccome non esiste agli occhi della legge parentela naturale che tra 'l padre e 'l figliuolo, e non potrebbe per conseguenza trattarsi di discendenti naturali, così la locuzione *figliuoli o discendenti* non può applicarsi che alla posterità legittima. Vedi in questo senso: Coin-Delisle, sull'art. 885, n. 17, e la requisitoria di Hébert, procurator generale presso la Corte reale di Parigi, ad occasione della decisione citata nella nota seguente (Sir., XLIV, 2, 49). Vedi in senso contrario: Guilhon, n. 763; *Dissertazione* di Devilleneuve e Carrette (Sir., *luogo cit.*). Per sostenere quest'ultima opinione, dicesi che la rivocazione per causa di sopravvegnenza di figliuoli è fondata sopra la presunzione che il donante non si sarebbe spogliato in vantaggio di estranei, se nel momento della donazione avesse egli di già conosciuto il sentimento della paternità, e che l'affezione del padre e della madre pel loro figliuolo naturale essendo del tutto così viva e così profonda come quella che essi possono pro-

fatta a questo figlio medesimo non sarebbe rivocata per la sopravvare per un figliuolo legittimo, il motivo legale della rivocazione manchi nel caso in cui il donante avesse avuto, nell' epoca della donazione, un figliuolo naturale, nella stessa guisa come manca nel caso in cui avesse avuto un figliuolo legittimo. Ma questa argomentazione è meno che concludente. E primamente, è egli poi vero che il sentimento cui inspira la paternità legittima non sia più vivo di quello che trae origine dalla paternità naturale? L' esperienza sembra provare il contrario. Ma, quando ancora questa supposizione fosse esatta, la conseguenza che se ne deduce sarebbe pure erronea. Di fatti, non si dee perder di veduta che i rapporti legali esistenti tra 'l padre ed i suoi figliuoli naturali sono affatto differenti da quelli che esistono tra lui ed i suoi figliuoli legittimi. Il figliuolo legittimo è dalla legge chiamato a raccorre tutti i beni del suo padre. Allorchè questi abbia fatta una liberalità in favore di un estraneo, ei sa che priva irrevocabilmente il suo figliuolo di tutta la porzione di beni della quale dispone, fino alla concorrenza della quota disponibile; e deesi supporre che abbia avuti dei motivi particolari e gravi per agire in tal guisa; per contrario, il figliuolo naturale non essendo, in generale, chiamato a raccorre che una determinata parte di beni di suo padre, la donazione fatta da quest' ultimo in favore di un estraneo non reca necessariamente e sempre offesa ai diritti di successione del figliuolo. Ed in vero, da un canto, il padre conserva, malgrado questa donazione, la facoltà di donare ancora al figliuolo naturale tutto ciò che, in mancanza di disposizioni gratuite, questi sarebbe stato chiamato a raccorre nella successione di lui. Da un altro canto, può darsi che il figliuolo naturale avendo di già, mercè donazioni anteriori, ricevuto tutto ciò che egli era capace di ricevere, la nuova donazione fatta dal padre in favore di un estraneo non modifichi in alcuna maniera la sua posizione. Di qui risulta, che, a differenza di ciò che avrebbe luogo se si trattasse di un figliuolo legittimo, il padre di un figliuolo naturale può, almeno in tali date circostanze, disporre in favore di un estraneo, senza avere il pensiero di ridurre i diritti di questo figliuolo, e senza che di fatto la sua disposizione produca questo risultamento. Non si potrebbe dunque affermare, che quegli il quale, avendo un figliuolo naturale, abbia donato ad un estraneo, lo avrebbe fatto ugualmente se egli avesse avuto un figliuolo legittimo; e per conseguenza, è cosa inesatta il dire che la esistenza di un figliuolo naturale, faccia come quella di un figliuolo legittimo, compiutamente disparire il motivo legale su di cui è fondata la rivocazione per sopravvegnenza di figliuoli. Si trae partito ancora, in appoggio della opinione che noi combattiamo, dall' ultima parte dell' art. 885, secondo la quale la legittimazione di un figlio non opera la rivocazione, se non in quanto il figlio sia nato dopo della donazione. Se, dicesi, la legge non vuole che la legittimazione di un figlio naturale, esistente di già nel tempo della donazione, possa produrre l' effetto di rivocarla, ciò avviene perchè l' esistenza medesima di questo figlio fa mancare la condizione della rivocabilità. Ma è bastevole, onde riconoscere l' inesattezza di tale induzione, il riportarsi alle osservazioni del tribunato, a domanda del quale vennero aggiunte alla primitiva compilazione dell' art. 885 le parole: « se però sia nato dopo la donazione »; In effetti, risulta da tali osservazioni

vegnenza di figli legittimi (1).

L'assenza, nel tempo della donazione, dell'unico figlio del donante non produrrebbe lo stesso effetto (2). Il donante al quale fossero sopravvenuti altri figli,

che il tribunato non propose l'addizione di cui parliamo pel motivo che si suppone; ma unicamente per la considerazione, che la nascita di un figlio legittimo non dando luogo alla rivocazione se non in quanto egli nasca dopo la donazione, era impossibile di accordare maggior favore al figlio naturale il quale venga poscia legittimato: *Ne plus habeat luxuria quam castitas*. Confr. Locré, *Legisl.* t. XI, n. 40. Ma vi ha di più: questo cangiamento di compilazione somministra un nuovo argomento in favore della nostra opinione. Ove, secondo l'idea del tribunato e del consiglio di Stato, l'esistenza di un figlio naturale avesse dovuto formare ostacolo alla rivocazione, l'addizione delle parole: « se però sia nato dopo la donazione », sarebbe stata del tutto priva di oggetto: essa non ha significato e non può spiegarsi che nella supposizione contraria. E di fatti, unicamente laddove si presupponga che l'esistenza di un figlio naturale nel tempo della donazione non impedisca la rivocazione, si può dimandare se la legittimazione di questo figlio debba produrre l'effetto di operarla.

(1) Siccome il figlio naturale ha sulla successione del padre e della madre dritti che la sopravvegnenza di un figlio legittimo non fa svanire in un modo assoluto, e siccome, da un altro canto, egli non può nulla ricevere al di là della porzione di beni che la legge gli assegna, così le liberalità fatte in suo favore da suo padre o da sua madre portano essenzialmente il carattere di donazioni in anticipazione di eredità, e non ledono per conseguenza gl'interessi de' figli legittimi. Per questa ragione altresì siffatte liberalità sfuggono all'applicazione dell'art. 885, il quale non concerne evidentemente che le donazioni con cui il donante siasi imprudentemente, e nella erronea persuasione che egli non avrebbe figli, spogliato di una parte de' suoi beni in pregiudizio de' figli che sieno sopravvenuti. D'altronde, le donazioni che i genitori di figli naturali facciano a tali figli hanno il più sovente per oggetto il procurar loro un collocamento mediante matrimonio o altrimenti, e non costituiscono quindi, a dire il vero, che l'adempimento di un'obbligazione naturale. Sotto questo aspetto ancora, esse non cadono sotto il colpo della rivocazione stabilita dall'art. 885. Parigi, 29 dicembre 1843, Sir., XLIV, 2, 49. Ric. rig. 10 luglio 1844, Sir., XLIV, 1, 506. Per contrario, l'Hebert, e Devillenenve e Carrette sostengono, che, giusta il sistema il quale ammette la rivocazione malgrado l'esistenza, nel tempo della donazione, di un figlio naturale, non siavi alcuna distinzione a stabilire tra la donazione fatta al medesimo figlio naturale, e quelle che avessero avuto luogo a vantaggio di terzi. Vedi la requisitoria e la disserlazione citate nella nota precedente. La morte civile, da cui l'unico figlio del donante si trovasse colpito prima dell'epoca della donazione, rende questa donazione suscettiva di rivocazione, come lo farebbe la sua morte naturale.

(2) Toullier, V, 299. Duranton, VIII, 583. Ponjol, sull'art. 885, num. 9. Vedi in senso contrario: Ricard, parte III, cap. IV, sez. IV, n. 596; Pothier, *op. cit.*, sez. III, art. 2, § 2; Furgole, sull'ordinanza del 1731, quist. 19; Grenier, I, 183; Delvincourt, II, 80; Vazeille, sull'art. 885, n. 6; Coin-Delisle, sull'art. 885, n. 20. Dicesi, in appoggio di questa

questi ultimi non potrebbero, in simil caso, sostenere che la donazione fosse stata rivocata, se non provando che l'assente era morto prima della sua stipulazione (1). La circostanza che l'assenza fosse stata dichiarata, sia dopo, sia anche prima della donazione, non influirebbe a tal riguardo (2).

opinione, che passa una analogia perfetta tra il caso in cui il figlio unico del donante era assente, e il caso in cui il donante non aveva realmente figli: e che la ragione della legge applicandosi ugualmente ai due casi, debbasi ammettere la rivocazione nell'uno come nell'altro. Ma questa argomentazione pecca così in dritto che in fatto: in dritto, perchè la disposizione dell'art. 885 essendo di natura eccezionale, non potrebbe essere permesso di estendere la presunzione legale, che le serve di base, ad ipotesi diverse da quella che la legge ha avuto precisamente in vista; in fatto, perchè non è esatto il dire che la posizione di colui, il cui figlio unico si trovi assente, sia la stessa di quella di una persona che non abbia figli. Ed in vero, la non esistenza di figli essendo un fatto sul quale il dubbio è impossibile, si può, senza temere di muovere da una falsa supposizione, presumere che colui il quale non aveva figli non avrebbe donato, se avesse immaginato che gliene dovessero sopravvenire. Ma non si potrebbe, senza pericolo di errore, estendere questa presunzione al donante il di cui figlio unico si trovava assente; perchè, ond'applicargliela, converrebbe ammettere come cosa costante che egli aveva perduta ogni speranza del ritorno dell'assente, e che erasi in un modo assoluto considerato come non avente più figli. Or questa supposizione non sarebbe forse ad un tempo stesso contraria ed alle disposizioni nelle quali si trovano d'ordinario i genitori di una persona che sia scomparsa, ed allo spirito della legge in materia di assenza? D'altronde, giusta il sistema che noi combattiamo, converrebbe per assoluta necessità tener conto, tanto delle circostanze nelle quali il figlio del donante fosse scomparso, quanto della durata della sua assenza, e quindi sarebbe forza di attribuire al giudice una specie di potere discrezionale, per ammettere o per rigettare una rivocazione, la quale nondimeno, secondo l'articolo 885, deve aver luogo di pieno diritto. Aggiugneremo, che se gli antichi autori hanno unicamente opinato per la rivocazione delle donazioni nell'ipotesi di cui parliamo, la loro opinione è tanto meno suscettiva di formare autorità sotto lo impero del Codice, in quantochè essi, trascinati dal disfavore che nell'antico diritto attribuivasi alle donazioni, hanno estesa la rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli, non solamente al caso di assenza, ma ancora al caso d'indegnità del figlio unico del donante, e ad altre ipotesi nelle quali niuno più oggidì l'ammetterebbe.

(1) Siccome la rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli non è ammessa che nel caso in cui il donante non avesse avuti figli o discendenti attualmente viventi nell'epoca della donazione, così coloro i quali invocano la rivocazione, debbono, se il donante abbia avuti figli precedentemente alla donazione, provare che questi figli erano morti prima dell'epoca in cui essa sia stata stipulata.

(2) Se la legge reputa morti coloro, la cui assenza sia stata dichiarata, e se ella fa risalire la loro morte presunta all'epoca della loro scom-

4. La rivocazione per sopravvegnenza di figli ha luogo quando nasca al donante, dopo della donazione, un figlio legittimo, ancorchè postumo. Art. 885. Nondimeno, la nascita di un figlio non opera rivocazione, se non in quanto egli sia nato vivente e vitale.

La sopravvegnenza di un figlio nato da un matrimonio putativo revoca la donazione, senza che siavi a distinguere se il coniuge donante fosse stato di buona o di mala fede. In quel'ultimo caso, come nel primo, la rivocazione ha luogo non solo in favore dei figli, ma eziandio riguardo al donante medesimo (1).

La legittimazione di un figlio

parsa o delle loro ulime notizie, queste presunzioni sono unicamente stabilite nell'interesse delle persone alle quali competa l'esercizio, sui beni dell'assente medesimo, di dritti subordinati alla condizione della sua morte, o le quali un tale avvenimento debba liberare da obbligazioni o da pesi esistenti in vantaggio dell'assente. Questo è ciò che il complesso delle disposizioni del cap. III del titolo *degli Assenti* prova fino all'evidenza. Voler estendere siffatte presunzioni al caso in cui la morte dell'assente, prima di un'epoca determinata, formi la condizione di fatto della risoluzione d'un contratto seguito fra terzi, è un disnaturarne compiutamente l'oggetto. Vedi nondimeno: Guilhon, n. 766.

(1) La quistione se la sopravvegnenza di figli nati da un matrimonio nullo, e che non sia stato contratto di buona fede se non da uno de' coniugi, dia luogo alla rivocazione della donazione fatta dal coniuge di mala fede, è fortemente controversa. La soluzione affermativa ed assoluta, che noi abbiamo adottata, è fondata sul testo medesimo dell'articolo 885. Di fatti, siccome il figlio nato da un matrimonio nullo, ma contratto di buona fede, benchè da uno de' coniugi solamente, gode della qualità di figlio legittimo in un modo assoluto e riguardo ad ogni persona indistintamente, così la sopravvegnenza di questo figlio adempie compiutamente alla condizione sotto la quale la rivocazione è stabilita da siffatto articolo. D'altronde, la rivocazione essendo ammessa anche in caso di sopravvegnenza di un figlio naturale legittimo per susseguente matrimonio, ciò prova chiaramente che il legislatore si è molto meno attenuto alle circostanze nelle quali il figlio sopravvenuto al donante abbia avuto il nascimento, ed al carattere dell'unione dalla quale sia nato, quanto al fatto medesimo della legittimità di questo figlio. Adunque, rigettare la rivocazione nella specie di cui parliamo, o anche restringerne gli effetti, è un apportare alle disposizioni della legge una eccezione o una modificazione, che è respinta ad un tempo stesso e dalla generalità delle sue parole e dal suo spirito. Vedi in questo senso: Guilhon, n.773. Vazeille, sull'art.885,n. 9. Nondimeno, due altre opinioni sono state proposte. Giusta la prima, la rivocazione non ha luogo nè a vantaggio del donante, nè a vantaggio dei figli. Vedi in questo senso: Pothier, *Consuet. di Orléans, introduzione al tit. XV*,n.106. Furgole, *sull'Ordinanza*, quist. 17. Grenier, I, 191. Toullier, V, n. 302. Poujol, sull'art. 885, n. 12; Coin-Delisle, sull'art. 885, n. 33. Giusta la seconda, vi ha rivocazione, ma solamente in favore dei figli. Vedi in questo senso: Delvincourt, II, 290. Duranton, VIII, 586. Per giustificare la prima di queste opinioni, dicesi che la rivocazione è un be-

naturale per susseguente matrimonio opera la rivocazione, come [illegible]

nefizio accordato al donante, e che niuno potendosi procurare un vantaggio per mezzo di un atto illecito, questo beneflzio debb'essere negato a colui il quale abbia scientemente contratto un matrimonio infetto di nullità. Quest'argomentazione va di leggieri confutata. Di fatti, se, come ciò sembra incontrastabile, la rivocazione è stabilita non solamente nell'interesse del donante, ma ancora in quello dei figli, sarebbe mestieri nella specie di ammetterla in favore di questi ultimi, anche quando il donante dovesse, a cagione della sua mala fede, essere dichiarato non ammessibile a prevalersene. Ma, va poi la cosa realmente così in quanto al donante il quale abbia scientemente contratto un matrimonio nullo? Il beneflzio della rivocazione dovrebbegli senza dubbio essere niegato se la rivocazione fosse un effetto diretto, una conseguenza immediata del matrimonio; perchè allora la massima: *Nemo ex proprio delicto potest sibi quaerere actionem*, sarebbe perfettamente adattabile. Ma, appunto perchè la rivocazione è annessa al fatto della sopravvegnenza di un figlio legittimo, e non al fatto di un matrimonio contratto dopo della donazione, una tale regola non può qui trovare applicazione. Non bisogna d'altronde perdere di veduta che la rivocazione è accordata al donante, molto meno in questa qualità, che in quella di padre, ed a cagione delle affezioni che la paternità inspira e dei doveri che essa impone. Or siccome, sotto questo rapporto, la posizione del padre riguardo ai figli nati da un matrimonio semplicemente putativo è la stessa di quella del padre rispetto ai figli nati da un matrimonio valido, così non havvi alcun motivo giuridico da

la sopravvegnenza di figli legittimi, purchè sia nato dopo la do- [illegible]

negare al donante il beneflzio della rivocazione, in caso di sopravvegnenza di figli nati da un matrimonio della prima specie. La seconda delle opinioni riportate di sopra essendo fondata, come la prima sulla massima: *Nemo ex proprio delicto potest sibi quaerere actionem*, è di già sufficientemente confutata mercè le considerazioni le quali debbono, secondo noi, far rigettare l'applicazione di siffatta massima. Noi aggiugneremo, che, secondo questo sistema, trovasi altri ridotto all'alternativa, e di attribuire al figlio sopravvenuto al donante, immediatamente dopo la sua nascita, ed in un modo irrevocabile, i beni formanti l'oggetto della donazione, o di lasciarli provvisoriamente nelle mani del donatario col peso di restituirli al figlio del donante dopo la morte di costui. Duranton, *luogo cit.*, il quale adotta quest'ultimo partito, stabilisce in un modo perentorio la inammessibilità del primo, il cui effetto sarebbe quello di porre i figli nati da un matrimonio putativo in una condizione più favorevole che i figli nati da un matrimonio valido. Ma egli non osserva che la soluzione, alla quale egli si arresta, lascia ancora l'addentellato alla medesima obiezione. Di fatti, la rivocazione, tale quale è stabilita dalla legge, ha per conseguenza il far rientrare i beni donati nel patrimonio del donante, il quale è autorizzato a disporne nuovamente a titolo oneroso o a titolo gratuito. Adunque, i figli del donante non hanno su questi beni, come sul resto del suo patrimonio, altro che un'aspettativa suscettiva di essere ristretta per effetto di disposizioni a titolo gratuito, ed anche di essere compiutamente annientata per mezzo di alienazioni o di obbligazioni a titolo o-

nazione (1). Ma l'adozione di un figlio da parte del donante non produce lo stesso effetto.

Allorchè l'unico figlio del donante, che trovavasi condannato all'ergastolo al tempo della donazione, riacquisti dappoi la vita civile (2), questa circostanza dev'essere assimilata alla sopravvegnenza di figli, e produce per conseguenza la rivocazione della donazione (3). Poco importa, a tal riguardo, che il figlio abbia ricuperato il godimento dei dritti civili, facendo rivocare una condanna in contumacia, o che non l'abbia ricuperata se non mercè il benefizio di lettere di grazia (4).

neroso. Ora, secondo il sistema di Duranton, i figli del donante avrebbero sui beni donati un dritto, che, per verità, sarebbe subordinato alla condizione della loro sopravvivenza a questo ultimo, ma che sarebbe al sicuro da ogni disposizione da parte sua, e si troverebbero per tal guisa in una condizione migliore che se essi fossero nati da un matrimonio legittimo. D'altronde, l'espediente proposto da Duranton è inconciliabile coll'idea di una rivocazione di pieno dritto; perciocchè una somigliante rivocazione dee di sua natura produrre effetti attuali e diffinitivi, fin dall'istante della verificazione dell'avvenimento al quale essa è annessa. Siffatto espediente adunque è così poco ammessibile come quello che propone Delvincourt, *luogo cit.* E se egli è così, è forza scegliere tra il sistema di coloro che rigettano la rivocazione in un modo assoluto, e la nostra opinione, secondo la quale essa ha luogo tanto riguardo al donante quanto riguardo ai suoi figli.

(1) L'articolo 39 dell'ordinanza del 1731 non esigeva, perchè vi fosse rivocazione per effetto della legittimazione di un figlio naturale, che questo figlio fosse nato dopo la donazione. Questa condizione è stata inscrita nell'art. 883 a domanda del tribunato, il quale fondavasi sul riflesso, che ammettendo la rivocazione malgrado l'esistenza del figlio naturale prima della donazione, si accorderebbe maggior favore alla filiazione naturale che alla filiazione legittima. Confr. Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 40. L'esattezza di questa osservazione è molto contrastabile; ma il cangiamento proposto dal tribunato va giustificato da questa considerazione, cioè, che secondando il sistema dell'ordinanza, avrebbe potuto avvenire che il donante sarebbesi determinato a legittimare il suo figlio naturale, meno per affezione verso di costui, o per sentimento di dovere, che in odio del donatario e con lo scopo di torgli il benefizio della donazione.

(2) Noi non esaminiamo la quistione, se il ritorno del figlio unico del donante, che trovavasi assente nell'epoca della donazione, debba essere assomigliato alla sopravvegnenza di un figlio, perciocchè, secondo la nostra opinione l'assenza anche dichiarata del figlio unico del donante non rende rivocabile la donazione. Ci sembra del resto, che, nel sistema contrario, converrebbe risolvere affermativamente la quistione che abbiamo ora indicata.

(3) Grenier, I, 181 e 184 *bis*. Duranton, VIII, 579. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 299.

(4) Nondimeno, Duranton (VIII, 579 e 580) opina che in quest'ultima ipotesi il ritorno dell'ergastolano alla vita civile non produca la rivocazione. Egli si fonda sul riflesso che le lettere di grazia, le quali rilevino dalla morte civile, non possono giammai nuocere ai terzi. Ma questa ragione ci sembra che meni

5. La rivocazione delle donazioni per causa di sopravvegnenza di figli ha luogo di pieno diritto, e senza che sia necessario di farla pronunziare dal giudice. Art. 885. Le donazioni così rivocate non possono rivivere, nè per la morte del figlio la cui nascita ne aveva operata la risoluzione, nè per alcun atto di conferma, sia espressa, sia tacita, da parte del donante. Se quest'ultimo voglia disporre de' medesimi beni a vantaggio dello stesso donatario, sia prima, sia dopo la morte del figlio per la nascita del quale la donazione fosse stata rivocata, egli non può farlo che mediante un novello atto di disposizione. Art. 887, 889.

La rivocazione di che trattasi ha luogo *ex tunc*, vale a dire, con effetto retroattivo al giorno della donazione, in guisa che si reputa che i beni donati non sieno giammai usciti dal patrimonio del donante. Da ciò risulta, per esempio, che il donante o i suoi eredi possono rivendicare gl'immobili compresi nella donazione contro i terzi acquirenti a titolo gratuito o a titolo oneroso. Ne risulta eziandio, che tali immobili rientrano nelle mani del donante, o de' suoi eredi, franchi e liberi da tutti i pesi o ipoteche provegnenti dal donatario.* Questa regola non toglie però che i beni compresi nella donazione non restino obbligati in sussidio per la restituzione della sola dote della moglie del donatario stesso, esclusi gli altri diritti dipendenti da convenzioni nuziali; e questo avrà luogo ancorchè la donazione fosse stata fatta a contemplazione di matrimonio del donatario e si fosse inserita nel contratto nuziale, ed ancorchè il donante si fosse obbligato come mallevadore nella donazione all'esecuzione del contratto nuziale (1). Art. 888.

al falso. Il donatario sarà, nell'ipotesi di cui si tratta, privato del benefizio della donazione, non per effetto delle lettere di grazia, ma bensì in conseguenza dell'avvenimento della condizione risolutiva sotto di cui la donazione era stata fatta. Le lettere di grazia non sono, in ultima analisi, che la causa occasionale dell'avveramento di questa condizione; e la rivocazione istessa non potendo, sotto il punto di vista legale, essere riguardata come una perdita o un danno pel donatario, non si potrebbe dire che queste lettere alterino i diritti di lui. Aggiungeremo, che se il ritorno del figlio unico del donante alla vita civile, può e deve, nella prima delle ipotesi indicate nel testo, essere assomigliato alla sopravvegnenza di un figlio, non potrebb'essere altrimenti nella seconda; perchè la condizione dell'ergastolano rientrato nella vita civile pel benefizio di lettere di grazia, e le sue relazioni legali coi genitori, sono esattamente le stesse di quelle dell'ergastolano il quale abbia ricuperato lo stato civile purgando la sua contumacia.

* (1) Questo nostro articolo 888 ha recato ancora una essenziale riforma all' art. 963 del Codice civile. Ivi parlandosi dei beni compresi nella donazione rivocata *ipso jure* che ritornar debbono nel patrimonio del donante liberi da qualunque peso ed ipoteca, dicesi, che non potranno restare obbligati nemmeno sussidiariamente per la restituzione della dote

Quantunque la rivocazione abbia a un tempo stesso luogo *ex tunc* e di pieno dritto, il donatario nondimeno non è tenuto a restituire i frutti che egli abbia percepiti (1), o che si reputa d'a-

della moglie del donatario stesso. Ma le nostre Leggi pel favore accordato alle doti han prescritto l'opposto nel cit. art. 888, spiegando che i beni suddetti *non potranno restare obbligati se non in sussidio per la restituzione della sola dote della moglie del donatario stesso.*

* Tre osservazioni su questo articolo.

* La prima, che dovendo aver luogo nelle sole donazioni rivocate *ipso jure*, ciò avviene nel solo caso della rivocazione per la sopravvenienza dei figli giusta l'art. 883, mentre le rivocazioni per l'inadempimento delle condizioni o per causa d'ingratitudine non han mai luogo *ipso jure*, art. 881.

* La seconda, che l'eccezione accordata dal nostro articolo riguarda la *sola dote*: non ha dunque luogo per donativi anche scambievoli, per sopravvivenza, o altri dritti dipendenti da convenzioni nuziali.

* La terza, che questa eccezione non è accordata per la dote che *in sussidio*. Nell'esercizio del dritto di riversione l'una e l'altra legislazione avea accordato per la dote ed altre convenzioni nuziali il privilegio dell'ipoteca sussidiaria sui beni ritornati al donante, qualora la donazione fosse stata fatta nello stesso contratto di matrimonio dal quale risultavano tali dritti ed ipoteche. Questa ipoteca sussidiaria venne tolta dall'art. 963 del Codice civile nel caso della rivocazione per sopravvegnenza di figli, ed è stata accordata dal nostro art. 888. Se dunque restassero altri beni al donante, non avrebbe più luogo. Ma nel caso di rivocazione per l'esercizio del dritto di riversione, se la moglie avesse trascurato di conservare la sua ipoteca legale in conformità dell'art. 2093 e seguenti del Codice, essa non poteva più ricorrere sussidiariamente, nel caso dell'alienazione de' beni del marito pendente il matrimonio, sui beni ritornati in mano del donante, perchè dovea imputare a sua colpa di non aver conservata la sua ipoteca. Or sarebbe lo stesso nel caso del privilegio accordato alla sola dote ed in sussidio dall'art. 888? Lasciamone la risoluzione ai magistrati. Solo aggiungiamo che nelle costituzioni di dote, quando il costituente non fa che assegnare ciò che sarebbe alla sposa spettato per legge, sia sulla propria successione del donante, sia sulla successione dei suoi maggiori, non può stipularsi la riversione, mentre la legge ammette questa condizione alle donazioni dei proprii beni del donante; chi dona ciò che al donatario spetterebbe per altro titolo, non dona, ma piuttosto adempie ad un debito che o presto o tardi avrebbe dovuto soddisfare. La Suprema corte di giustizia di Nap. ha in questo senso appunto giudicato nel 3 marzo 1827 nella causa tra Viti e Marta. V. *Giornale di Giurisprudenza* anno 1828 num. 9.

(1) Allorchè il donante siasi indebitamente mantenuto nel godimento de' beni donati, o lo abbia ripreso senza titolo, e la donazione sia stata poscia rivocata per sopravvegnenza di un figlio, il donatario ha forse diritto alla bonificazione de' frutti percepiti dal donante? Merlin (*Quest.* v. Rivocazione di donazione, § 2, n. 1) risolve la quistione affermativamente per quanto concerne i frutti percepiti fino alla nascita del figlio, e negativamente per quanto concerne i frutti percepiti dopo quest' epoca. Tale opinione è stata adottata dalla corte di cassazione (Civ. cass. 8 gennaio 1816, Sir., XVI, 1, 121).

ver egli percepiti (1), se non a contare dal giorno in cui la nascita del figlio o la sua legittimazione gli sia stata notificata con atto giudiziale o stragiudiziale (2). Ma però egli è obbligato di restituire i frutti da quest' epoca, anche quando la dimanda di rilascio de' beni compresi nella donazione non sia stata introdotta che più tardi. Art. 887. Le stesse regole si applicano a' terzi possessori de' beni compresi nella donazione (3).

L'azione di restituzione de' beni formanti l'oggetto di una donazione rivocata per causa di sopravvegnenza di figli, che compete al donante o ai suoi eredi, non si prescrive se non con trent'anni, dal giorno della nascita dell'ultimo figlio del donante, anche postu-

(1) L'art. 887 non dispensa espressamente il donatario, salvochè dalla restituzione de' frutti da lui percepiti; ma è evidente che questa dispensa si applica ugualmente ai frutti i quali debbasi reputare che egli abbia percepiti. Delvincourt, sull' art. 887. Le annualità di una rendita vitalizia compresa in una donazione, rivocata per causa di sopravvegnenza di figli, debbonsi considerare come semplici frutti che il donatario non è tenuto a restituire. Arg. art. 515. Merlin, *Quest.* v. Rivocazione di donazione. Ric. rig. 2 aprile 1829, Sir., XXIX, 1, 133.

(2) La conoscenza che il donatario avesse avuta per altra via della nascita del figlio, non lo sottoporrebbe alla obbligazione di restituire i frutti. Merlin, *op. e v. cit.* § 2, n. 2. Toullier, V, 321. Grenier, I, 203. Guilhon, Ric. rig., 2 aprile 1829, Sir., XXIX, 1, 133. Conf. nondimeno in senso contrario, sopra una specie nella quale il donatario era stato nominato tutore del figlio la cui nascita aveva rivocata la donazione: Ric. rig., 6 novembre 1832, Sir., XXXII, 1, 801.

(3) Toullier, V, 321 e Grenier, I, 208 insegnano per contrario, fondandosi sull' art. 474, che i terzi detentori non sieno tenuti alla restituzione de' frutti, se non dal giorno della domanda fatta contro di loro. Questa soluzione è viziosa sotto un doppio rapporto: 1. in quantochè l' art. 474 non è adattabile a' terzi, ai quali sieno stati trasmessi diritti di proprietà sottoposti a rivocazione nelle mani dell'acquirente; 2. in quantochè, se la posizione de' terzi detentori di beni compresi in una donazione rivocata per sopravvegnenza di figli fosse, come pretendesi, regolata dall' art. 474, eglino dovrebbero la restituzione de' frutti, non solamente a contare dal giorno della domanda intentata contro di loro, ma a contare dal giorno in cui essi avessero, per una circostanza qualunque, avuta conoscenza della nascita del figlio. Il sistema di Toullier e di Grenier, lungi dall' essere favorevole a' terzi detentori, li metterebbe per conseguenza in una posizione peggiore di quella in cui li mette l' art. 887. Adottando l' opinione di Pothier (*Introduzione al tit. XV della Consuetudine di Orléans n.* 110), il quale, per applicazione all' ipotesi di cui parliamo delle regole relative alla percezione de' frutti fatta dal possessore di buona fede insegnava ugualmente che i terzi detentori di beni donati non dovessero la restituzione dei frutti se non che a contare dalla domanda giudiziale, intentata contro di loro, questi autori hanno obbliato, che se nell' antico diritto il possessore di buona fede non poteva cessare di esserlo se non per effetto di una domanda giudiziale, non è più lo stesso sotto l' impero del Codice civile.

me (1); e ciò senza pregiudizio delle sospensioni o interruzioni come di drillo. È lo stesso dell'azione di rilascio contro i terzi possessori di immobili compresi nella donazione (2). Art. 891.

(1) Secondo le regole ordinarie, la prescrizione dovrebbe correre a partire dalla nascita del figlio del donante; perciocchè la sopravvegnenza di questo figlio, producendo la rivocazione della donazione, dà apertura all'azione di restituzione de' beni donati. Confr. Pothier, *op. cit.* n. 111.

(2) L'art. 891 stabilisce, per l'ipotesi in cui i beni donati si trovino tra le mani di terzi detentori, una doppia derogazione a' principii generali. La prima consiste nel rigettare che esso fa in un modo assoluto l'usucapione di dieci a venti anni; la seconda, nel far correre l'usucapione di trent'anni, non già dal giorno dell'entrata in possesso de' terzi detentori, ma dal giorno della nascita dell'ultimo figlio del donante.

II. DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE.

633 Introduzione. — 634 a. Della divisione dei legati sotto il rapporto della loro estensione.—635 b. Dei modi de' legati.—636 c. Della conservazione dell'apertura e dell'esecuzione dei testamenti.—637 d. Della interpretazione delle disposizioni di ultima volontà. — 638 e. Degli esecutori testamentari.—639 f. Delle persone le quali sono tenute a soddisfare i legati.—640 g. Dell'acquisto dei legati. 1) Dell'epoca in cui si acquistano i legati.—641 Continuazione. 2) Della dimanda di rilascio dei legati in generale.—642 Continuazione. Sviluppi dei principi stabiliti nel paragrafo precedente, per quanto concerne i legatari universali. — 643 Continuazione. Sviluppi dei principi stabiliti nel paragrafo 641 per quanto concerne i legatari a titolo universale. 644 Continuazione. Sviluppi dei principi stabiliti nel paragrafo 641 per quanto concerne i legati particolari.— 645 h. Dei dritti dei legatari. — 646 i. Delle obbligazioni dei legatari per ciò che concerne i debiti ed i pesi della successione.— 647 k. Della nullità, della rivocazione e della caducità dei legati. Generalità.— 648 1. Della rivocazione di un testamento o di un legato da parte del testatore. — 649 2. Della caducità dei legati. — 650 Continuazione. 3. Dei casi nei quali i legati sono suscettivi di essere rivocati dopo la morte del testatore.

633. Introduzione.

Il Codice civile applica la denominazione di *legato* a tutte le disposizioni testamentarie relative a' beni del disponente, poco importando che esse abbiano per oggetto l'universalità o una parte aliquota dell'universalità di tali beni, ovvero che esse versino soltanto sopra beni specialmente determinati (1).

Questa terminologia, che s'allontana da quella del dritto romano, è conforme a' principii del dritto francese, secondo il quale i parenti legittimi del defunto, investiti di pieno dritto dell'eredità, conservano la loro qualità di eredi, malgrado l'esistenza di disposizioni testamentarie aventi per oggetto l'universalità dei beni del defunto. Vi ha nondimeno un caso nel quale le disposizioni che abbiano per oggetto l'universalità dei beni, producendo l'investitura ereditaria, imprimono in coloro, a vantaggio di cui esse sieno fatte, la qualità di eredi, e nel quale per conseguenza somiglianti disposizioni non presentano più il carattere di semplici legati, e sarebbero più esat-

(1) Le LL. CC. conservando la locuzione del diritto romano, chiamano altresì *istituzione di erede il legato universale*. Vedi l'epigrafe delle sezioni III e IV del cap. V che tratta delle disposizioni testamentarie. Per tal ragione negli art. 928 a 932, 934 e 935 leggonsi aggiunte sempre le espressioni *erede iscritto o erede istituito*, ed *istituzione di erede*, a quelle di *legatario universale e legato universale*, che sole sono adoperate ne' corrispondenti articoli del C. C.

lamente qualificate *istituzioni di eredi*. Confr. art. 932 (1).

Del resto, la terminologia adottata dal Codice non è obbligatoria pel testatore, il quale può servirsi, a sua scelta, delle voci *d'istituzione d'erede*, di *legato* o di *donazione a causa di morte*, senza che l'uso improprio dell'una o dell'altra di tali espressioni influisca sulla validità o sugli effetti delle sue disposizioni.

634 a. Della divisione de' legati, sotto il rapporto della loro estensione.

I legati si dividono, sotto il rapporto della loro estensione, in legati universali, in legati a titolo universale, ed in legati a titolo particolare. Art. 928 comma 1 (2).

Nello stabilire siffatta divisione, i compilatori del Codice civile hanno nello stesso tempo data la definizione e determinati gli effetti di ciascuna di queste tre specie di legati. La quistione di sapersi se una determinata disposizione testamentaria costituisca un legato universale, o un legato a titolo particolare, dev'essere decisa giusta le definizioni date dalla legge, senza aversi riguardo alla qualificazione che il testatore medesimo possa avere attribuita alla sua disposizione, nel caso in cui una tale qualificazione non fosse in armonia colla natura reale di quest'ultima. Art. 928 comma 2.

1. Il legato universale è la disposizione testamentaria con cui il testatore dà ad una o a più persone l'universalità dei beni che egli lascerà nel tempo della sua morte (3). Art. 929. De' legati la cui

(1) L'istituzione di erede non è più richiesta dalle attuali nostre leggi per la validità di un testamento. Bruxelles, 8 novembre 1842, *Giur. del B.* 1842, p. 461. Vedi: Merlin, *Rep.* v. Istituzione di erede, sez. I, n. 2 a 4; Coin-Delisle, sull'art. 892, n. 2; Stockmans, dec. 2, n. 1).

* (2) *Dr. rom.*—Secondo il diritto rom. non conoscevansi propriamente che successori universali, e successori singolari, e se il testatore avesse lasciato erede alcuno in una parte qualunque della sua eredità, o anche in una cosa certa, come nel fondo *Corneliano*, costui era l'erede universale, quante volte però il testatore non gli avesse dato alcun coerede, e ciò per la regola che niuno poteva morire parte testato, e parte intestato. Ciò non ostante se il testatore avesse divisa la sua eredità fra più coeredi, e che a ciascuno avesse assegnato una quota dell'eredità, questi eredi potevansi dire eredi a titolo universale in quanto che niun di loro aveva l'intera eredità, e ciascuno era obbligato a pagare i debiti ereditarii in proporzione della rispettiva quota, ma però potevano conseguire tutta l'eredità in forza del diritto di accrescere, e così in questa parte non perdevano mai la figura di eredi universali. Confr. la nota seguente.

(3) Un legato non è universale, se non in quanto abbia per oggetto la totalità dell'eredità del testatore, vale a dire, del complesso dei suoi beni, riguardati come costituenti una universalità giuridica.

* *Dr. rom.*—A parlare in termini tecnici, il nome di legatario non conveniva giammai all'erede; tuttavolta se un testatore avesse dato il nome di legatario ad uno, ma che d'altronde si fosse potuto comprendere che aveva voluto instituirlo erede, si stava piuttosto alla volontà del testatore, giacchè Costantino tolse le antiche

riunione assorbisse l'universalità dei beni del testatore, non hanno il carattere di legati universali, se non in quanto esiste tra diversi legatarii una congiunzione che possa eventualmente dar luogo al diritto di accrescere (1).

La definizione del legato uni-

formole d' instituire gli eredi, ed ordinò che in qualsivoglia modo fosse fatta, e con qualunque espressione fosse concepita, l' instituzione dell' erede dovesse essere valida, purchè si fosse inteso ciò che aveva voluto dire il testatore *l. 15 Cod. de test.* Sebbene Costantino colla sua costituzione togliesse dall' imbarazzo i testatori di dovere usare certe formole nell' instituzione dell' erede, le quali per l' addietro erano prescritte dalle antiche leggi, tuttavolta non si può negare che la di lui costituzione non originasse innumerabili litigi, i quali hanno continuato a promuoversi fino ai giorni presenti. Imperciocchè si cominciò a quistionare se le espressioni che usavano i testatori, specialmente nel caso in cui non avesse disposto espressamente di tutta l' eredità, importavano o no instituzione di erede; e crebbero maggiormente i litigi allorchè Giustiniano ordinò che gli ascendenti, ed i discendenti dovessero lasciarsi reciprocamente la legittima porzione a titolo d' instituzione; imperciocchè tutto giorno non si vedevano nei tribunali che discendenti ed ascendenti, i quali querelavano di nullità o di inofficiosità i rispettivi testamenti sotto pretesto che le parole in quelli usate non attribuivano loro l' onorevole e vantaggioso titolo di eredi; ed intanto Bartolo, Baldo, Saliceto Accursio, Alessandro, Benedetti, Claro, e tanti altri giureconsulti stavano dettando teoriche e dottrinali onde distinguere le parole, le quali importavano instituzione di erede, da quelle che non avevano un tale valore, e queste teoriche, e questi dottrinali, siccome a vicenda si escludevano, così in vece di servire al fine per cui si formavano, suscitavano maggior numero di liti, e rendevano ostinati i litiganti, perchè ognuno di essi credeva di essere assistito dalla ragione. Infatti se un testatore diceva: *lascio scudi cento a mio figlio per legittima*, offrivano con ciò al foro una quistione delicatissima, perchè il figlio, appoggiato all' opinione di Saliceto, avrebbe preteso di essere stato preterito, e quindi avrebbe chiesta la nullità del testamento; all'incontro gli eredi iscritti fondati sulla opinione di Bartolo, avrebbero sostenuto che il figlio era stato instituito, e per conseguenza che il testamento era valido. Parimente se un testatore avesse detto: *lascio a mia figlia cento scudi in dote*, sarebbe nata su questa espressione una dubbia contestazione, perchè la figlia avrebbe creduto di non essere stata instituita erede, ed avrebbe avuto in suo favore l' opinione di Guglielmo Benedetti; al contrario gli eredi avrebbero preteso che la figlia con quella espressione fosse stata instituita erede, e l' autorità di Claro li avrebbe resi pertinaci nella loro pretensione.

(1) Una disposizione fatta a vantaggio di più persone non potrebbe essere riguardata come un legato universale, allorchè essa non possa, neppure nell' ipotesi in cui divenisse caduca per rapporto a tutti gli altri legatarii, produrre l' effetto di attribuire al rimanente legatario l' universalità de' beni del defunto. In simigliante caso, non è più l' universalità de' suoi beni che il testatore ha legato a più persone; la chiamata di ciascuno de' legatarii è, in un modo assoluto ed invariabile, ristretta ad una parte aliquota determinata di questi beni. Delvincourt, II, 343; Toullier, V, 505 e 506. Gre-

versale, secondochè essa è stata ora spiegata, mena alle applicazioni seguenti:

1) Debbonsi considerare come costituenti legati universali, non solo le disposizioni espresse nei termini seguenti o in termini analoghi: *Lego a Pietro tutti i beni che lascerò*; *istituisco Pietro per mio erede*; *do a Pietro ed a Paolo tutti i miei beni*; *istituisco Pietro e Paolo miei eredi*; ma altresì le disposizioni con le quali il testatore avesse legata l'universalità dei suoi beni a due o a più persone, con questa clausola addizionale: *perchè i miei legatarii godano e dispongano dei miei beni, e ne facciano la divisione a porzioni uguali* (1).

2) Per contrario, non si possono riguardare, come costituenti legati universali, nè la disposizione con cui il testatore avesse legata l'universalità dei suoi beni a più persone, mediante una sola e medesima clausola del testamento, ma con assegnazione di porzioni, per esempio ne' termini seguenti: *Lego la metà dei miei beni a Paolo, e l'altra metà a Pietro*; *lego i miei beni a Paolo e a Pietro, a ciascuno per metà*; nè la disposizione con cui il testatore avesse, senza assegnazione di porzioni, ma mercè clausole separate e distinte, legata a più persone l'universalità de' suoi beni.

Il legato dell'universalità dei beni è un legato universale, anche quando trovisi, giusta le parole del testamento, ristretto alla nuda proprietà, e l'usufrutto sia stato separatamente legato ad altra persona (2).

Il legato di ciò di cui è permesso di disporre forma un legato universale, in questo senso, che se il testatore non lasci eredi di riserva, ovvero questi eredi rinunziino o sieno esclusi perchè dichiarati per causa di indegnità, il legatario avrà diritto all'universalità de' beni del defunto. Sarebbe lo stesso, almeno in generale, salva l'interpetrazione contraria della volontà del testatore, del legato della quota o della porzione disponibile, benchè fossero esistiti, nell'epoca della formazione del testamento, discendenti che potevano eventualmente aver diritto ad una riserva (3).

Allorchè il testatore, dopo di aver legata ad una persona una parte aliquota de' suoi beni, per esempio, il terzo o il quarto, leghi ad un'altra persona il dippiù de' suoi beni, quest'ultima disposizione non forma, come la prima, salvochè un legato a titolo universale (4). Per contrario, se dopo di aver fatti ad una o a più persone dei legati particolari, il

nier, II, 288 e 289. Duranton, IX, 180 e seg. Vedi in senso contrario: Limoges, 8 dicem. 1837, Sir., XXXIX, 2, 27.

(1) Civ. rig. 18 ottobre 1809, Sir., X, 1, 57. Ric. rig. 22 febbraio 1841, Sir., XLI, 1, 536. Bordeaux, 17 febbraio 1844, Sir., XLV, 2, 331.

(2) Duranton, IX, 189. Civ. cass., 7 agosto 1827, Sir., XXVII, 1, 441.

(3) Duranton, IX, 181 e 182.

(4) *Esposizione de' motivi*, di Bigot Preameneu, Locré, *Legis*. t. XI, n. 66. Confr. nondimeno: Ric. rig., 11 aprile 1838, Sir., XXXVIII, 1, 148.

testatore avesse legato il dippiù dei suoi beni ad un'altra persona, quest'ultima disposizione formerebbe un legato universale; qualunque fosse del resto l'importanza delle cose legate a titolo particolare, avuto riguardo alla totalità dell'eredità (1).

Una disposizione, la quale versi sulla universalità dei beni, costituisce un legato universale, quantunque il testatore avesse fatto, sia coll'atto stesso, o con un atto anteriore, sia con un atto posteriore, uno o più legati a titolo universale (2).

Il legato dell'universalità dei beni, o della disponibile, si trova, per la forza delle cose, ridotto ad un legato a titolo universale, allorchè il testatore lasci eredi di riserva che vengano alla successione (3).

2. Il legato a titolo universale è una disposizione con cui il testatore lega sia una parte aliquota di tutt'i suoi beni (4), o della porzione di beni della quale la legge

(1) Toullier, V, 512 e 513; Duranton, IX, 186 e 187. Tolosa, 10 luglio 1827, Sir., XXVIII, 2, 166. Conf. nondimeno: Aix, 5 giugno 1807, Sir., VII, 2, 1033. Vi ha forse legato universale allorchè, dopo di aver legato cose particolari, e somme di danaro, il quale intenda di assorbire tutto il suo patrimonio, disponga che tutti i legati di somme di danaro indistintamente, ovvero qualcuno tra essi, cresceranno o decresceranno, secondochè egli sarà più o meno ricco nel tempo della sua morte? Vedi per l'affermativa: Bordeaux, 29 maggio 1818, Sir., XVIII, 2, 230; Ric. rig., 13 agosto 1817, Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie. Vedi per la negativa: Orléans, 31 agosto 1831. Sir., XXXII, 2, 145.

(2) Duranton, IX, 188. Ric. rig., 20 novembre 1843, Sir., XLIII, 1, 859.

(3) Di fatti, il legatario, obbligato in somigliante caso a domandare il rilascio del suo legato agli eredi di riserva, i quali sono essi soli investiti dell'eredità, non può reclamare che il rilascio di una parte aliquota dei beni rimasti del defunto, e non può, da un altro canto, essere convenuto personalmente dai creditori della successione, salvochè nella proporzione di questa parte aliquota. Nondimeno, Toullier (V, 507) e Grenier (I, 289) sostengono, che la esistenza di un erede di riserva non tolga al legato dell'universalità dei beni del testatore il carattere di legato universale, fondandosi, da una parte, sull'art. 935, il quale qualifica come legatario universale il legatario di tutti i beni, anche quando egli si trovi in concorso con un erede di riserva, e, da un'altra parte, sul riflesso che il legatario profitta, ad esclusione dell'erede di riserva, della caducità dei legati particolari o a titolo particolare. Questi due argomenti ci sembrano entrambi privi di forza. Se l'art. 935 parla di un legatario universale, ciò avviene perchè esso riguarda il legatario con la qualità apparente che il testatore abbia voluto attribuirgli, senza indagare quale sia in sostanza la sua vera posizione. E se il legatario di tutti i beni profitta egli solo della caducità degli altri legati, ciò dipende semplicemente da che l'erede di riserva prendendo la sua riserva senza il peso de' legati, l'estinzione totale o particolare di questo peso non può a lui giovare.

(4) L'enumerazione data dall'art. 964 dei diversi legati a titolo universale è incompiuta, in quantochè,

ge gli permette di disporre, sia l'universalità dei suoi immobili o dei suoi mobili (1), sia infine una quota parte dell'universalità dei suoi immobili o dei suoi mobili. Così, per esempio, se il testatore abbia legata la metà dei suoi beni ad una persona, e l'altra metà ad un'altra persona, questi legati sono dei legati a titolo universale. Art. 964.

3. Tutti i legati ai quali non si applichino nè la definizione dei legati universali, nè quella dei legati a titolo universale, secondochè tali definizioni vengono date dagli art. 929 e 964, sono dei legati a titolo particolare (2). Così, il legato di tutti gl'immobili che il testatore possegga nel tal comune, nel tal dipartimento, o nelle colonie, ed il legato di tutti gl'immobili di una certa specie, per esempio, di tutte le vigne del testatore, non costituiscono che dei legati particolari. È lo stesso del legato che avesse per oggetto una successione devolutasi al testatore, o i suoi dritti nella comunione di beni esistente tra lui ed il suo coniuge (3).

I legati di usufrutto, tuttochè di una parte aliquota o dell'universalità de' beni del testatore, non sono ugualmente che legati a titolo particolare (4). Se la legge distingue siffatti legati, come

per la ipotesi in cui esistano credi di riserva, esso non menziona nè il legato di tutti i beni di cui si è parlato nella nota precedente, nè il legato di una parte aliquota di tutti i beni. Duranton, IX, 207.

(1) Il legato dei mobili comprende forse tutto ciò che sia mobile, e per conseguenza costituisce esso un legato a titolo universale? Siffatta quistione dev'essere risoluta negativamente per applicazione dell'articolo 459, eccetto se risulti dal complesso del testamento che il testatore siasi servito della voce *mobili* come equivalente del vocabolo *mobiliare*. Rouen, 27 maggio 1806, Sir., VI, 2, 129. Brusselles, 9 marzo 1813, Sir., XIV, 2, 304.

(2) Non può ravvisarsi un legato universale in una disposizione colla quale un testatore, dopo di avere istituita una data persona suo erede, soggiunga immediatamente e nella medesima frase una disposizione con cui le lasci determinate cose enumerate alla lunga. Liegi, 18 giugno 1835, *Giur. di B*, 1836.

(3) Proudhon, *dell'Usufrutto*, IV, 1843 e seg. Chabot, *delle Successioni*, all'art. 792, n. 1. Duranton, IX, 230 e 231. Vedi sul caso in cui il testatore, legando una quota dei suoi beni, ne abbia determinato il valore in denaro: Merlin, *Quest.*, v. Legato. § 1.

(4) Di fatti, il legatario dell'usufrutto, benchè della universalità o di una parte aliquota dei beni del testatore, non succede *in universum jus defuncti:* ei non raccoglie nè il patrimonio, neppure una parte aliquota del patrimonio del defunto, e non è tenuto personalmente verso i creditori al pagamento dei di lui debiti. Arg. articolo 964. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 475 e 476. Nondimeno, Duranton insegna, che il legatario di usufrutto della universalità o di una parte aliquota dei beni sia un successore universale, fondandosi sul riflesso, che i legatarii di questa specie sono tenuti a contribuire al pagamento dei debiti: obbligazione la quale, secondo questo autore, non permette di consi-

quelli di piena proprietà, in universali, a titolo universale, ed a titolo particolare, altro non è l'oggetto di tale distinzione che quello di determinare i casi ne' quali i legatarii di usufrutto sono tenuti a sopportare insieme col nudo proprietario il peso de' debiti che gravitino su' beni soggetti ad usufrutto, e di regolare la misura e 'l modo delle loro obbligazioni relativamente a ciò (1).

Per giudicare a quale classe di legati si appartenga la tale o la tale altra disposizione testamentaria, fa mestieri considerare molto meno ciò che il legatario raccoglierà di fatto, che ciò cui egli sia stato chiamato a raccorre. Così, per esempio, il legatario di uno o più immobili specialmente designati dev'essere reputato legatario a titolo particolare, quando anche il testatore non abbia lasciati altri immobili; e, reciprocamente, il legatario di tutti gl'immobili dev'essere reputato legatario a titolo universale, ancorchè il testatore abbia lasciato un solo immobile (2).

Allorchè le parole di un testamento lascino qualche dubbio sul carattere di un legato, deesi, per la soluzione della difficoltà, ricercare principalmente l'intenzione probabile del testatore (3).

635 b. De' modi de' legati.

Il testatore è l'arbitro di apporre alle sue disposizioni un termine certo o incerto, e di aggiungervi quelle condizioni sospensive o risolutive, e que' pesi, che egli stimi convenevoli, purchè sieno possibili e leciti.

Il termine apposto ad un legato è certo, allorchè si possa determinare anticipatamente l'epoca in cui verrà a scadere.

Il termine è incerto, allorchè trovisi annesso ad un avvenimen-

derarli come successori particolari. Ma è cosa inesatta il dire, che l'obbligazione la quale gravita sull'usufruttuario, giusta l'artic. 537, costituisca una obbligazione personale della stessa natura di quella che trovasi imposta al legatario universale dagli art. 935 e 966. L'obbligazione dell'usufruttuario esiste solamente in rapporto al nudo proprietario, senza che i creditori ereditarii si abbiano alcuna azione diretta da esercitare contro di lui; e non ha altro effetto che di fargli subire una riduzione proporzionata sui beni sottoposti al suo godimento. Ciò che prova d'altronde, che l'obbligazione di contribuire ai bebiti, imposta all'usufruttuario universale o a titolo universale, non è bastevole per farlo riguardare come un successore universale, si è che il legatario di una successione devoluta al testatore è ugualmente tenuto, relativamente all'erede o al legatario universale di quest'ultimo, a soddisfare i debiti di tale successione, o a lasciarli soddisfare sui valori attivi di cui essa si componga; e nondimeno questo legatario non è, per confessione dello stesso Duranton, che un legatario a titolo particolare. Confr. la nota precedente.

(1) Confr. nondimeno artic. 1018 II. di pr. civ. — L'art. 931 è forse adattabile al legatario dell'usufrutto della universalità o di una parte aliquota dei beni del testatore?

(2) Proudhon, *dell'Usufrutto*, IV, 1830. Vedi nondimeno: Ric. rig., fruttidoro anno XIII, Sir., VI, 1, 418.

(3) Confr. Ric. rig., 25 maggio 1831, Sir., XXXI, 1, 210.

to, il quale, benchè debba necessariamente avverarsi, può però effettuarsi in un'epoca più o meno lontana, la quale sia impossibile di determinarsi anticipatamente. Così, l'indicazione della morte di una persona costituisce un termine incerto. Quanto all'indicazione di un avvenimento di cui sia incerto l'avveramento medesimo, essa costituisce, non già un termine, bensì una condizione, qualunque sia d'altronde la forma sotto di cui sia stata fatta, e quando anche il momento preciso in cui quest'avvenimento giugnerà, fosse anticipatamente conosciuto. Così, per esempio, il legato fatto con queste espressioni: *Lego mille franchi a Paolo quando egli si mariterà o quando egli sarà giunto alla sua maggiore età*, è un legato condizionale, e non soltanto un legato a termine incerto (1).

Gli effetti che producono, in materia di legati, il termine certo o incerto, e le condizioni, verranno spiegati poco appresso.

I legati fatti sotto un peso sono regolati da principii analoghi a quelli che concernono le donazioni tra vivi della stessa natura. Allorchè trattisi d'un peso, stabilito nell'interesse del testatore o della sua memoria, l'adempimento può esserne promosso, sia da' suoi eredi legittimi, sia dalle persone che abbiano soddisfatto il legato gravato di siffatto peso, sia in fine dall'esecutore testamentario.

636 E. Della conservazione, dell'apertura, e dell' esecuzione dei testamenti.

Il notaio che abbia ricevuto un testamento pubblico, o che abbia disteso l'atto di soprascrizione di un testamento mistico, è tenuto a conservare questi testamenti tra le sue minute (2), e non può rilasciarne l' originale al testatore (3).

Allorchè trattisi di un testamento olografo, il testatore può o conservarlo egli stesso, o affidarlo, sia ad un terzo non interessato, sia ancora ad uno de' suoi legatari universali, a titolo universale, o a titolo particolare. Può altresì, per meglio assicurarne la

(1) La più parte degli autori non distinguono molto accuratamente il termine incerto e la condizione propriamente detta. Del resto, la confusione che essi ne fanno non mena a conseguenza in materia di legati; perchè il termine incerto aggiunto ad un legato opera a guisa di una condizione. Vedi sulla differenza fra il termine incerto e la condizione, Savigny, III, § 125.

(2) Legge del 25 ventoso anno XI, art. 20.*Vedi art. 30 e 32 della legge sul notariato del 23 novembre 1818, ed il decreto del 12 settembre 1828, num. 5.

(3) Arg. L. del 25 ventoso anno XI, art. 22; parere del consiglio di Stato del 7 aprile 1821, Sir., XXIII, 2, 82. Grenier, I, 277. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 659. Duranton, IX, 170 nella nota, è della stessa nostra opinione per quanto concerne il testamento pubblico; ma è di avviso contrario, in quanto al testamento mistico. L'argomento che egli trae, in appoggio della sua opinione, dall'art. 993 del Codice di procedura trovasi confutato dall'articolo 996 delle dette LL.

conservazione, farne più originali, e darli a custodire a diverse persone.

In caso di apposizione di sigilli sui mobili d'una persona defunta, il giudice di pace è tenuto, a richiesta d'ogni parte interessata, di ricercare se il defunto abbia lasciato un testamento olografo; e se egli trovi o un testamento aperto, o piegli suggellati che potrebbero racchiudere un atto di ultima volontà, deve adempiere alle formalità prescritte dagli artic. 993, 995 e 997 del Codice di procedura.

L'apertura de' testamenti per atto pubblico non è sottoposta ad alcuna regola. Questi testamenti sono esecutori per sè stessi, indipendentemente da ogni autorizzazione del giudice e da ogni altra formalità. È bastevole a' legatarii, per far valere i loro dritti, il prendere una copia del testamento che li istituisca: copia, che il notaio depositario della minuta non può loro negare dopo la morte del testatore.

Avvien diversamente pe' testamenti olografi o mistici. Ogni testamento di questa specie deve, prima di esser messo in esecuzione, venir presentato al giudice di circondario presso il quale la successione siasi aperta. Questo magistrato apre il testamento se sia suggellato: distende processo verbale della sua presentazione, della sua apertura, del pari che dello stato in cui l'abbia trovato, ordinandone il deposito nelle mani di un notaio che destina a tale effetto. Allorchè trattisi d'un testamento mistico, l'apertura non deve essere fatta che in presenza del notaio (1), e di quelli fra i testimonii soscrittori dell'atto di soprascrizione i quali si troveranno nel luogo, o dopo di essere eglino stati citati. Art. 933. Nondimeno, l'inosservanza di queste diverse formalità, le quali sono semplicemente de' provvedimenti di precauzione prescritti per la conservazione de' testamenti olografi o mistici, non influisce in alcun modo sulla validità di tali testamenti (2). Soltanto, ogni azione in giudizio dev'essere negata a' legatari, insino a che le formalità di cui trattasi non sieno state adempiute.

Il legatario universale istituito con un testamento olografo o mistico, e'l quale, in mancanza di erede di riserva, si trovi investito della successione, è, malgrado ciò, tenuto a chiedere l'immissione in possesso al giudice di cir-

(1) Il secondo comma dell'articolo 933 dice così: « di quei notai »; ma è questa una inavvertenza da parte dei compilatori del Codice; perchè l'atto di soprascrizione d'un testamento mistico è sempre disteso da un solo notaio.

(2) Rouen, 25 gennaio 1808, Sir., VIII, 2, 72. Metz, 10 luglio 1816, Sir., 2, 69. Così, allorchè un testamento olografo, il quale era suggellato o avvolto in un plico, sia stato, prima della sua presentazione al presidente del tribunale, aperto e dissuggellato da colui medesimo che vi sia istituito, non è questa una ragione per pronunziarne la nullità. Riom, 17 marzo 1807, Sir., VII, 2, 1227. Sarebbe lo stesso se si trattasse di un testamento mistico.

condario nel cui ambito giurisdizionale la successione siasi aperta (1). Il magistrato adito per una simile dimanda dee limitarsi ad esaminare se il testamento sia stato regolarmente depositato, se sia fatto nella forma prescritta dalla legge, se racchiuda un legato universale, ed in fine se non esistano eredi di riserva; ed allorchè non si elevi, sotto questi diversi rapporti, veruna seria obiezione contro la dimanda del legatario, deve accordargli l'immissione in possesso, senza aver riguardo alla opposizione che gli eredi legittimi vi avessero forse fatta. Non per tanto, se questi ultimi si opponessero all'esecuzione del testamento olografo, mettendo formalmente in contestazione la firma o la scrittura del testatore, il presidente dovrebbe, in generale, rinviare le parti innanzi al tribunale per far decidere tale contestazione (2).

Il legatario universale, istituito con un testamento olografo o mistico, non è ammessibile, finchè non abbia ottenuta l'immissione in possesso, ad agire o contro gli eredi legittimi che forse detenessero l'eredità, o contro i terzi. Ma egli non incorrerebbe nella decadenza del suo legato, per la sola ragione che egli prendesse, di sua privata autorità, possesso dell'eredità; non sarebbe neppure tenuto a restituire i frutti (3).

Del resto, l'immissione in possesso accordata dal presidente, non ha che un carattere provvisorio e non priva gli eredi, o le altre parti interessate, di alcuno de' mezzi, sia di forma, sia di merito, che possano avere a proporre contro il testamento. Essa non impedisce neppure agli eredi legittimi il far apporre i suggelli, e il far distendere un inventario dell'eredità (4).

631 d. Dell'interpetrazione delle disposizioni di ultima volontà.

Allorchè una clausola di un testamento sia colpita in termini chiari e precisi, e non offra con altre clausole una contraddizione che renda la volontà del testatore incerta o dubbia, dev'essere ritenuta tale qual'è. Non potrebbesi in tal caso, neppure per dar effetto ad una clausola nulla secondo il suo tenore letterale, supporre nel testatore o attribuirgli un'innazione mentale del testatore.

(1) Il presidente non può, in generale, negare l'immessione in possesso a cagione di vizii intrinseci che egli credesse di ravvisare nel testamento; o che gli fossero indicati dagli eredi. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 4, art. 3; *Quest.*, v. Legatario, § 2. Toullier, V, 498 e seg. Rouen, 27 maggio 1807, Sir., VII, 2, 631. Nondimeno, sarebbe altrimenti, se lo stesso testamento fornisse indizii non equivoci dell'alienazione mentale del testatore.

(2) Parigi, 11 agosto 1809. Sir., X, 2, 139. Bastia, 1 giugno 1840, Dalloz, XL, 2, 164.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 4, art. 5, n. 3; *Quest.*, *med.* v. § 19.

(4) Nimes, 27 dic. 1808, Bruxelles, 9 marzo 1811, e 28 novembre 1810, Sir., XI, 2, 240, 255 e 264. Tolosa, 10 novembre 1839, Dalloz, XL, 2, 81.

tenzione differente da quella che egli abbia enunciata (1).

Allora quando le disposizioni d'un testamento, riguardate isolatamente o ravvicinate le une alle altre, presenti oscurità o ambiguità, e divenga necessario lo interpetrarle, fa mestieri uniformarsi alle regole seguenti (2):

1. Le disposizioni di ultima volontà debbono essere interpetrate secondo l'intenzione probabile del loro autore. Fa d'uopo anzi tutto ricercare siffatta intenzione nel complesso delle clausole del testamento, avendo riguardo al linguaggio abituale del testatore. Sussidiariamente, deesi consultare la posizione personale di lui, i suoi rapporti coi propii parenti e coi suoi legatarii, e gli usi del paese (3). Se, per meglio penetrare l'intenzione del testatore, divenisse necessario di fissarsi sull'esistenza di qualche fatto contrastato fra le parti, il giudice potrebbe ordinarne la pruova, anche per mezzo di testimoni (4).

(1) Questo sarebbe, da un canto, uno sconoscere la fede dovuta ad un testamento regolare, e, dall'altro canto, un dichiarare efficace una volontà che non fosse stata manifestata nella forma legale de' testamenti. Sembra che per dritto romano l'intenzione del testatore, benchè non fosse divenuta costante che per mezzo di elementi presi al di fuori del testamento, doveva prevalere su le espressioni chiare e precise di quest'atto. Confr. L. 3, C. *de Liber. praet. vel exh.* 6, 28; L. 46. C. *de Fideicomm.* 6,42; Wening-Ingenheim, III, § 454. Ma questa maniera di vedere ci sembra contraria allo spirito del Codice civile, secondochè esso manifestasi negli artic. 813, 1273, 1276, 1295 e 1307. Confr. ric. rig., 11 aprile 1838, Dalloz, XXXVIII, 1, 197.

Allorchè, in un testamento, l'erede istituito o un legatario è indicato con espressioni che possano applicarsi a più persone, l'istituzione o il legato non è nullo per questa ragione solamente, se esistano circostanze che possano dissipare l'incertezza che presentino le parole di cui il testatore siasi servito. Si possono attingere fuori dello stesso testamento gli elementi per torre via l'incertezza che l'istituzione presenti. Brusselles, 19 gennaio 1838, *Giur. di B.*, 1833.

Non è permesso di rintracciare la volontà o l'intenzione di un testatore al di fuori del testamento e nelle deposizioni di testimoni. Gand, 28 luglio 1837, *Giur. di B.*, 1838.

(2) Confr. Duranton, IX, 360 e seg.

(3) Toullier, XI, 316. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 487 e seg. Duranton, IX, 361. Parigi, 9 maggio 1831, Sir., XXXI, 2, 344. Ric. rig., 5 febbraio 1839, Dalloz, XXXIX, 1, 270. Ric. rig., 13 agosto 1840, Dalloz, X, 1, 335.

Debbonsi, nel dubbio, interpetrare gli atti di ultima volontà mediante la legge del luogo in cui siano stati fatti. Brusselles, 13 febbr. 1819, *Giur. di B.*, 1819, 1, 283, Dalloz, XI, 57, 57, n. 16; *Pasicrisie belgica*, sotto questa data. In caso di dubbio, le clausole di un testamento si debbono in preferenza interpetrare nel senso delle leggi sotto le quali il testatore abbia vissuto. Brusselles, 12 dic. 1732, *Giur. di B*, 1833.

(4) Duranton, XI, 373. Favard, *Rep.*, v. Pruova, § 1, n. 18. Confr. Civ. cass., 28 dicembre 1818, Sir., XIX, 1, 182. Questo arresto non è contrario alla opinione emessa nel testo. Nella specie sulla quale esso

2. Allorchè i mezzi ora indicati non sieno sufficienti a dissipare i dubbii sull'intenzione del testatore, e la contestazione elevata tra le parti tenda a privare interamente una di esse del vantaggio di una disposizione fatta a suo favore, è d'uopo, in preferenza, interpetrare questa disposizione in un senso che le dia qualche effetto. In simil caso, il favore è dovuto al legatario (1). Appunto per un'applicazione speciale di questa regola l'art. 978 dispone che il legato fatto al creditore non sarà reputato fatto in compenso del suo credito, nè il legato fatto al domestico in compenso dei suoi salarii (2).

3. Allorchè la contestazione sul senso di un legato non tenda, sia a farlo annullare, sia a renderlo illusorio ovvero caduco, ma soltanto a ridurne o a restringerne l'effetto; nel dubbio sull'intenzione del testatore, deesi adottare l'interpetrazione che dia alla disposizione l'effetto meno esteso. In tal caso, il favore è dal canto della persona gravata della soddisfazione del legato (3).

Del resto, l'interpetrazione del-

ha statuito, non trattavasi di comprovare fatti propri a rischiarare il senso delle disposizioni contenute nel testamento, ma di provare direttamente che il testatore aveva avuta l'intenzione di fare le tali e le tali altre disposizioni.

(1) LL. 12 e 24, D., *de Reb. dub.* 34, 5. L. 19, D., *de Inoff. test.*, 5, 2. L. 9, D., *de R. J.* 50, 17. Dur., IX, 365. Bordeaux, 10 giugno 1833, Sir., XXXIII, 2, 504.

(2) Confr. Parigi, 18 luglio 1809, Sir., X. 2, 78.

(3) Tale è il senso di queste massime: *Parcendum heredi*: *In dubio, pro herede respondendum*. Merlin, *Quest.*, v. Legato, § 1. Duranton, IX, 368. È sorto un gran numero di liti sull'estensione di legati, il cui oggetto non era stato nettamente determinato dal testatore. Confr. sull'effetto di legati, che avevano per oggetto: 1. *il mobiliare*: Rouen, 22 gennaio 1828, Sir., XXVIII, 2, 256; Bordeaux, 28 febbraio 1831, Sir., XXXI, 2, 268; 2. *i mobili e gli effetti mobiliari*: Ric. rig., 26 giugno 1832, Sir., XXXII, 1, 518; 3. *i mobili e gli effetti mobiliari esistenti nella casa del testatore*: Bordeaux, 11 giugno 1828, Sir., XXIX, 2, 25; Aix, 19 agosto 1829, Sir., XXIX, 2, 281; Bordeaux, 9 marzo 1830, Sir., XXX, 2, 148, Brusselles, 5 aprile 1845, *Giur. di B.*, 1846, 4. *le rendite, scadute e tutto il mobiliare*: Civ. rig., 1 agosto 1838, Sir., XXXII, 1, 797; 5. *un capitale di commercio*: Parigi, 11 aprile 1833, Sir., XXXIII, 2, 396; 6. *una parte aliquota del patrimonio del testatore*: Grenoble, 5 feb. 1832, Sir., XXXIII, 2, 33; 7. *una rendita sullo Stato*: Bordeaux, 15 luglio 1831, Sir., XXXI, 2, 338.

(Allorchè un testatore, esprimendo che egli lega l'intero suo mobiliare, enuncii immediatamente una serie di cose che egli voglia far cadere in tale legato, non havvi luogo a restringere la sua liberalità a queste cose, e ad attribuire all'erede *ab intestato*, il quale le reclami, le rendite che si trovino della successione, senza essere comprese nella suddetta enumerazione, se sia dimostrato d'altronde che il testatore abbia voluto disporre della totalità della sua successione. Liegi, 21 marzo 1833, *Giur. di B.*, 1833.

—Allorchè un testatore abbia detto: *Io lascio i miei beni mobili che si trovano nella mia casa*, e sog-

le clausole oscure o ambigue di un testamento si appartiene sovranamente a' tribunali. Dicasi lo stesso della estimazione del punto di sapersi se le tali clausole offrano o no oscurità ovvero ambiguità. Adunque, le decisioni che i tribunali pronunziano in simigliante materia sono al coverto dalla censura della Corte di cassazione (1).

638 e. Degli esecutori testamentarii (2).

Il testatore è autorizzato a nominare uno o più esecutori testamentarii. Art. 980.

L'esecutore testamentario è un mandatario ingiunto dal testatore a' suoi eredi o legatarii universali, con lo scopo di ottenere una più sicura, più esatta e più diligente esecuzione delle sue ultime volontà.

La nomina di un esecutore testamentario non può aver luogo se non se con un atto rivestito delle forme prescritte pel testamenti. Ma non occorre che von-

giunga: *Io rimango il restante dei miei beni immobili* (essendo stati fatti più legati di questi beni), il primo legato dee comprendere non solamente la mobiglia, ma ancora il danaro contante ed i titoli di crediti attivi.—Il legatario *de' beni mobili che si trovano nella mia casa*, non dee provare quali mobili appartenevansi al testatore nel momento in cui egli abbia disposto. Brusselles, 28 febbraio 1838, *Giur. di B.*, 1838.

—Un legato che comprenda tutti i mobili, oro ed argento, del testatore, non si applica forse che ai mobili, tali quali sono definiti nell'art. 538 del Codice civile, e di più all'oro ed all'argento del defunto, se soprattutto le disposizioni susseguenti del testamento, e principalmente l'instituzione, come legatario universale, del nipote del testatore, suo solo erede *ab intestato*, e la circostanza che il testatore abbia aggiunta specialmente una rendita al ridetto legato, non permettono di pensare che egli abbia voluto lasciare alla legataria tutto il suo mobiliare, per investire il suo nipote solamente della generalità dei suoi immobili? Brusselles, 19 maggio 1841, *Giur. di B.*, 1842).

(1) Ric. rig., 5 aprile 1825, Sir., XXVI, 1, 167.

(2) Il Codice civile ha tolte a prestito dal diritto consuetudinario le regole su questa materia, modificandole nondimeno in certi punti. Confr. Dumoulin, *Commentarii in consuetudines parisienses*, *ad art. 95 veter. consuet.*; Pothier, *delle Donazioni testamentarie*, cap. V, sez. I; Ricard, *delle Donazioni*, parte II, cap. II. Il diritto romano non conosceva gli esecutori testamentarii. Per verità, trovansi in più leggi esempii di persone incaricate, sia di provvedere a funerali del testatore, o di fargli ergere un monumento, sia di procurare l'esecuzione di legati di alimenti o di legati pii. Confr. L. 12, § 4, D. *de Relig.* 11, 7; L. 12, § 17, D. *Mandati* 17, 1, LL. 3 ed 8, D. *de Alim. gen.* 33, 1; LL. 28 e 49, C. *de Episc. et cler.* 1, 3. Ma l'incarico o il mandato tutto speciale, di cui parlasi in queste leggi, non offre che una analogia molto lontana con le funzioni degli esecutori testamentarii del diritto francese: funzioni, che hanno per oggetto lo assicurare l'esecuzione dell'intero testamento. Del resto, le disposizioni del Codice civile intorno agli esecutori testamentarii sono lungi dall'essere compiute, e lasciano il campo aperto alla controversia.

ga fatta nello stesso testamento del quale essa abbia lo scopo di assicurare l'esecuzione.

Il testatore non può nominare per esecutori testamentarii che persone fisicamente e legalmente capaci di obbligarsi. Egli dunque non può scegliere un minore, tuttochè emancipato. La nomina di un minore resterebbe inefficace riguardo agli eredi o ai legatarii, anche quando il suo curatore l'autorizzasse ad accettare l'incarico di esecutore testamentario. Art. 983.

Le donne maritate sono capaci di essere esecutrici testamentarie. Nondimeno, la nomina d'una donna maritata non è, in generale, efficace se non in quanto suo marito l'autorizzi ad accettare l'incarico conferitole. L'autorizzazione del giudice non può, in questa materia, supplire quella del marito, salvochè nel caso in cui i coniugi sieno separati di beni o convenzionalmente o giudizialmente. Art. 984.

Del resto, una persona incapace di ricevere un legato dal testatore può, ciò non pertanto, essere nominata alle funzioni di esecutore testamentario (1). Da altra parte il testatore è autorizzato a conferire questo incarico, sia ad un terzo, sia ancora ad uno dei testimonii istrumentarii, o al notaio compilatore del testamento.

Le funzioni di esecutore testamentario non costituiscono un peso pubblico, ma bensì un mandato privato di natura particolare. Niuno è tenuto ad accettarle. Ma chi le abbia accettate non può più dimettersene, se non per cause gravi sopraggiunte posteriormente (2). L'accettazione di un legato fatto all'esecutore testamentario in tale qualità, e per rimunerarlo delle cure che egli adopererà per l'esecuzione del testamento, importa, dal canto suo, accettazione dell'incarico di esecutore testamentario. Da altra parte, il legato così fatto all'esecutore testamentario diviene caduco, se costui ricusi tale incarico (3).

Il mandato conferito all'esecu-

(1) Pothier, *op. cit.*, cap. V, art. 1. Toullier, V, 280. Grenier, I, 335. Toullier V, 602 opina altresì con Pothier, *luogo cit.*, che il testatore possa, nominando per esecutore testamentario una persona incapace di ricevere per testamento, farle un modico presente, onde ricompensarla delle cure della esecuzione.

(2) Arg. art. 1879. Duranton, IX, 392. Grenier, I, 328.

(3) Un legato fatto ad una persona nominata esecutrice testamentaria non diviene necessariamente caduco per lo rifiuto del legatario di accettare l'incarico che gli vien dato. È mestieri, perchè ciò avvenga, che il legato sia stato fatto in considerazione dell'incarico conferito al legatario. Quanto alla quistione di sapersi se una data disposizione sia stata fatta o no a vista ed in ragione di questo incarico, essa rimane abbandonata alla estimazione de' tribunali. Confr. Ricard, *delle Donazioni*, parte III, cap. I, sez. III, n. 235; Duranton, IX, 391.

(Un legato rimasto ad un esecutore testamentario, per riconoscenza delle cure e delle pene che doveva occasionargli l'esecuzione del testamento, ed ancora in testimonianza

tore testamentario è obbligatorio per gli eredi o legatarii universali del testatore. Costoro dunque non possono nè rivocarlo a loro piacere, nè restringere i poteri che vi sono annessi. Non per tanto, essi sarebbero ammessi a provocare la destituzione dell'esecutore testamentario, se la sua gestione attestasse la sua incapacità o la sua infedeltà (1), ovvero se egli fosse caduto in fallimento e in decozione (2). Del resto, la nomina di un esecutore testamentario lascia agli eredi o ai legatarii universali tutti i dritti il cui esercizio sia compatibile coll' adempimento del suo mandato.

L' esecutore testamentario non è tenuto ad agire di persona; può far adempiere da un procuratore a tutti i doveri che gli sono imposti. Questa facoltà gli appartiene, anche quando il testatore abbia nominato un esecutore testamentario sussidiario, in mancanza del primo (3). Egli non può dimandar cosa alcuna a titolo di onorarii o di salarii, eccetto se il testatore gli abbia fatto un legato in riconoscenza delle sue cure. Ma egli ha, come ogni mandatario, il dritto di ripetere le spese fatte di buona fede per lo adempimento o ad occasione delle sue funzioni. Art. 989.

L' oggetto e la estensione del mandato dell'esecutore testamentario sono determinati dalla legge stessa, in questo senso, che il testatore non può apporvi altri poteri, nè poteri più estesi di quelli che ne derivano di pieno dritto, o che la legge lo autorizza espressamente a conferire a questo mandatario (4).

Ogni esecutore testamentario è,

dell' amicizia del testatore, non può essere annullato, benchè in conseguenza di un fatto posteriore alla morte, il legatario siasi renduto indegno della confidenza degli eredi, a cagione di atti contrarii all' onore ed alla delicatezza, i quali gli abbiano fatto torre l' esecuzione testamentaria in virtù di sentenza. Liegi, 11 febbraio 1834, *Giur. di B.*, 1834.

(1) Arg. art. 367. Ferriere, *Corpo e compilazione*, ecc. IV, 281. Grenier, I, 333. Liegi, 20 luglio 1817, *Pasicrisie belgica*, sotto questa data.

(2) Arg. art. 1875. Pothier, *op. cit.* cap. V, sez. I, art. 1. Duranton, IX, 402.

(3) Ric. rig., 26 maggio 1829, Sir., XXIX, 1, 351.

(4) Questo principio risulta dalla natura particolare del mandato dell' esecutore testamentario. Di fatti, questo mandato, che tende a restringere i diritti di amministrazione e di disposizione, appartenenti agli eredi o a' legatarii universali, nella loro qualità di proprietarii, e che il testatore non può loro imporre se non perchè la legge formalmente ve lo autorizza, non sembra suscettivo di essere esteso al di là de' limiti ne' quali la legge lo riconosce e lo regola. D' altronde, la combinazione degli art. 940 e 986, e soprattutto lo spirito di restrizione col quale sono concepiti gli art. 981, 983, 984 e 985, provano chiaramente, a parer nostro, che il principio enunciato nel testo ha servito a' compilatori del Codice civile come punto d' onde eglino hanno preso le mosse. Merlin, *Rep.*, v. Erede, sez. VII, n. 2 *bis*. Grenier, I, 331. Nondimeno, Toullier V, 591 e Duranton IX, 411 sembrano ammettere che il testatore potesse incaricare l' esecu-

in tale qualità; obbligato di vegliare perchè il testamento sia mantenuto fermo, e perchè sieno eseguiti i legati e le altre disposizioni che esso racchiuda. Da ciò emergono di pieno dritto le seguenti attribuzioni:

1. L'esecutore testamentario dee fare apporre i suggelli, se vi sieno eredi minori, interdetti o assenti, e, in ogni caso, dee far procedere in presenza degli altri interessati indicati nell'art. 1018 LL. di pr. civ., o costoro debitamente citati, all'inventario dei beni della successione (1). Articolo 986, comma 1 e 2. A lui, in generale (2), compete la scelta

tore testamentario di pagare non solamente i legati, ma ancora i debiti della successione, ed autorizzarlo a vendere per questo effetto anche immobili. Confr. in questo senso: Brusselles, 2 agosto 1809, Sir., XIII, 2, 349. Ma, secondo questo sistema, dove mai si arresterebbero i poteri che il testatore potrebbe conferire all'esecutore testamentario?

(Un testatore non può conferire al suo esecutore testamentario poteri più estesi di quelli che sono determinati dalla legge, e soprattutto non può dargli il potere di *liquidare la successione*. — Gli eredi possono avere il diritto, pendente la durata della esecuzione testamentaria, di domandare il deposito, in un uffizio dei pubblici depositi, de'titoli e delle carte della successione Brusselles, 25 febbraio 1818, 1, 277; *Pasicrisie belgica*, sotto questa data.

— Un testatore non può dare al suo esecutore testamentario il potere di dirigere la divisione della eredità secondo il modo che egli troverà più convenevole. — Questo potere, conferito col testamento, non può legittimare l'intervento dell'esecutore testamentario nella sentenza di divisione. Brusselles, 1 giugno 1816, *Giur. di B.*, 1816, 2, 73; *Pasicrisie belgica*, sotto questa data.

— Benchè, nel silenzio di un testatore sul pagamento de'debiti della successione, questa cura non vada essenzialmente compresa tra le funzioni dell'esecutore testamentario, e non gli sia conferita da alcuna disposizione della legge, non è però meno vero che il suo mandato può essere esteso a questo oggetto da una disposizione del testatore. — Ove il testatore gli abbia ingiunto di far vendere una casa fra'tre mesi dalla sua morte, per impiegarne il prodotto nel pagamento dei diritti di successione e de'suoi debiti, egli ha qualità per provocare la vendita di questa casa, se l'erede non giustifichi l'estinzione de'detti debiti, nè si offra di conseguarli le somme necessarie alla loro soddisfazione. Brusselles, 4 giugno 1832, *Giur. di B.*, 1832, 1, 406).

(1) Il testatore può forse, dando il possesso all'esecutore testamentario, dispensarlo dal fare inventario? Siffatta quistione, è controversa nell'antico diritto, divide anche oggidì gli autori. Vedi per l'affermativa: Ricard, *op. cit.*, parte II. cap. II, n. 86 e *seg.*; Merlin, *Rep.*, v. Esecutore testamentario, n. 4: Toullier, V, 604; Duranton, IX, 406. Vedi per la negativa: Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. I, art. 3, § 1; Grenier, I, 337. Ammettendo la validità di questa dispensa, converrebbe sempre riconoscere che essa non impedisce agli eredi il far distendere l'inventario. Se essa dovesse avere un tale effetto, gli eredi potrebbero essere indirettamente privati della facoltà di accettare col benefizio dell'inventario: il che è inammessibile.

(2) Noi diciamo: *in generale;* poichè se il defunto avesse lasciati eredi di riserva, sembra che la scelta

degli uffiziali pubblici che dovranno far l'inventario e la estimazione delle cose mobili. Nondimeno, se gli eredi o le altre parti interessate non approvassero la sua scelta, potrebbero nominare altri uffiziali per operare congiuntamente con quelli da lui designati (1).

2. L'esecutore testamentario può, in mancanza di danari sufficienti per soddisfare i legati, provocare la vendita dei mobili, e farvi procedere per mezzo di pubblici uffiziali, la cui scelta a lui si appartiene in generale (2). Art, 986, comma 3.

3. Può chiedere contro gli eredi o i legatarii l'esecuzione dei pesi loro imposti dal testatore nel suo proprio interesse, come, per esempio, il peso di ergergli un monumento o di fargli celebrare delle messe per lo riposo dell'anima sua (3). Art. 986, comma 4.

4. Può, per assicurare il dritto di preferenza dei legatarii, prendere iscrizione sugl'immobili della successione, conformemente all'articolo 1997 (4).

5. Ha dritto d'intervenire nelle contestazioni relative alla validità del testamento o all'esecuzione delle disposizioni che racchiude. Ma non potrebbe intervenire in una lite tra gli eredi o i legatarii universali, ed un creditore dell'eredità o qualsivoglia altro terzo (5). Art. 986, comma 4.

L'esecutore testamentario che sia succumbente in un'azione principale da lui introdotta, o in un intervento che abbia fatto, non dev'essere condannato personalmente alle spese, eccetto se non abbia agito che per animo di vessazione o con una leggerezza colpevole (6).

Le attribuzioni testè enumerate, come di pieno dritto inerenti

dovesse loro appartenere. Duranton, IX, 405.

(1) Toullier, V, 584. Maleville, sull'art. 986. Duranton, IX, 405. Parigi, 6 febbraio 1806, Sir., VI, 2, 515. Confr. nondimeno: Grenier, I, 330; Bordeaux, 15 aprile 1835, Dalloz, XXXV, 2, 112.

(2) L'esecutore testamentario potrebbe forse, in caso di insufficienza del danaro contante e del prezzo dei mobili, far condannare gli eredi a soffrire la vendita degl'immobili? Toullier V, 593 si pronunzia per l'affermativa, invocando l'uso anticamente seguito relativamente a ciò. Ma quest'uso è stato con ragione censurato da' migliori autori (vedi Ricard, *delle Donazioni*, parte II. cap. II, n. 78), e non dev'essere più seguito oggidì. Non concorrono le stesse ragioni per autorizzare l'esecutore testamentario a provocare la vendita degl'immobili, come per autorizzarlo a provocare quella dei mobili. I diritti de' legatarii sui mobili ereditarii non possono essere pienamente garentiti che mediante la vendita di questi mobili, mentre i loro diritti sugl'immobili possono essere garentiti mercè altri provvedimenti. D'altronde, le disposizioni della legge sui poteri dell'esecutore testamentario debbono, per la loro medesima natura, essere ristrettamente interpetrate.

(3) Delvincourt, sull'art. 982.

(4) Duranton, IX, 417.

(5) Toullier, V, 591, Duranton, IX, 415.

(6) Bourges, 28 fiorile anno XIII, Sir., VI, 2, 394.

al carico di esecutore testamentario, non impediscono che gli eredi o i legatarii universali abbiano essi soli il possesso e l'amministrazione dell'eredità. Ad essi dunque si appartiene, sia lo esigere le rendite ed i capitali ereditarii, sia lo esercitare le azioni possessorie o petitorie relative ai beni della successione; e contro di loro debbono essere dirette le azioni dei legatarii e dei creditori. Una sentenza pronunziata contro l'esecutore testamentario a vantaggio di un creditore o di un legatario non potrebbe essere opposta agli eredi o ai legatarii universali (1).

Il testatore è autorizzato a dare all' esecutore testamentario il possesso di tutti o parte dei suoi mobili (2). Art. 981, comma 1. Egli non può investirlo del possesso degli immobili, nè, ciò che sarebbe lo stesso, incaricarlo di amministrarli o di venderli per pagare i legati ed i debiti (3). Una simile clausola dovrebbesi riguardare come non iscritta riguardo agli eredi o ai legatarii universali, i quali potrebbero in ciascun istante dimandare il rilascio degl' immobili ereditarii, anche quando ne avessero, durante qualche tempo, abbandonata l'amministrazione all'esecutore testamentario (4).

Il possesso dei mobili non può esser dato all'esecutore testamentario che per un anno, a contare dalla morte del testatore (5). Artic. 981. Costui non potrebbe, di pieno dritto il possesso all' esecutore testamentario; ma esse variano intorno alla estensione di questo possesso. La più parte delle consuetudini, e soprattutto quella di Parigi, art. 297, non davano all' esecutore testamentario che il possesso de' mobili della successione, e solamente durante l' anno ed il giorno della morte. Altre, come, per esempio, quella di Orléans (art. 290) davangli il possesso anche de' fondi della successione, ma soltanto a fine di esigerne le rendite. Secondo queste ultime consuetudini, l' esecutore testamentario non poteva nè vendere gl' immobili, nè pure far condannare l' erede a soffrirne la vendita. Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. 1, art. 2, § 4.

(1) Così sarebbe in ordine alle sentenze pronunziate in favore de' creditori, quando ancora l' esecutore testamentario fosse stato incaricato del pagamento de' debiti della successione. Il testatore non può conferire questo potere all' esecutore testamentario; e quando ancora un somigliante potere fosse valido, esso non attribuirebbe qualità a costui, per rispondere ad una azione tendente a far riconoscere un diritto di credito contro la successione. Confr. Civ. cass., 18 aprile 1825, Sir., XXVI, 1, 150.

(2) Nondimeno, se il testatore avesse eredi di riserva, egli non potrebbe dare all' esecutore testamentario il possesso di tutti i mobili. Duranton, IX, 401.

(3) Arg. *a contrario*, art. 981, comma 1. Ricard, *delle Donazioni*, cap. II, n. 78. Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. 1, § 2, Aix, 30 agosto 1811, Sir., XII, 2, 27.

(4) Le nostre consuetudini davano

(5) Il possesso conferito ad un esecutore testamentario può non essere che virtualmente. Brusselles, 8 novembre 1842, *Giur. di B.*, 1842, 481.

— Benchè il possesso accordato al-

prevedendo che l'esecuzione delle sue disposizioni incontrasse difficoltà o ritardi, estendere la durata del possesso al di là di questo spazio di tempo (1). I tribunali non potrebbero neppure prorogarne la durata per qualsivoglia motivo (2). Nondimeno, se il testamento non fosse stato scoperto immediatamente dopo la morte del testatore, ovvero, se l'esecutore testamentario fosse stato impedito, per via di contestazioni sulla validità della sua nomina o del testamento intero, dal prendere possesso dei mobili, il termine di un anno non comincerebbe a decorrere che dal giorno della scoperta del testamento, o della cessazione dello ostacolo che si opponeva alla immissione in possesso dell'esecutore testamentario (3).

Il possesso dell'esecutore te-

l'esecutore testamentario non possa durare al di là di un anno ed un giorno, nulla impedisce che dopo questo termine egli venga tradotto in giudizio per fatti della sua gestione, o per mancanza di adempimento ai doveri che gl'incumbevano a questo titolo. — Un esecutore testamentario, il quale non solamente sia stato investito del possesso, ma abbia ancora ricevuti i più estesi poteri onde liquidare una successione, mediante salario, può, se egli abbia trascurato di pagare durante la sua gestione un debito della successione, essere tenuto a soddisfarlo dopo lo spirare di tale gestione, ove siasi comportato quanto al creditore come liquidatore generale della successione, e dove gli abbia date in iscritto tali assicurazioni, che egli abbia dovuto rimanere in una perfetta sicurtà, senza far uso dei provvedimenti conservatorii atti ad assicurare l'esazione del suo credito. — Così, egli non può costringere questo creditore ad agire contro i numerosi eredi della successione; eredi la cui solvibilità sia dubbia; e dee rimborsare ciò che resti dovuto per sorte, interessi e spese, ricevendo a rincontro la cessione di tutti i diritti ed azioni del creditore. Brusselles, 13 dicembre 1837, *Giur. di B.*, 1839, 158).

(1) Nondimeno, Duranton IX, 400 insegna il contrario, fondandosi sul riflesso che sarebbe cosa assurda che il testatore non potesse ordinare che i suoi mobili rimanessero in deposito nelle mani dell'esecutore testamentario, quand'egli è padrone di privarne l'erede in un modo assoluto. Ma, è questa una falsa applicazione della massima: *Chi può il più, può il meno*. La facoltà di privare i suoi eredi di tutti o di parte de' suoi beni non importa quella di porre ceppi all'esercizio del loro diritto di proprietà sopra beni di cui non sieno privati. Vedi Merlin, *Rep.*, v. Erede, sez. VIII, n. 2 *bis*. Non solamente nell'interesse particolare degli eredi o de' legatarii universali, ma nell'interesse pubblico del diritto di proprietà, la durata del possesso è stata ristretta ad un anno ed un giorno a partire dalla morte del testatore, e non può per conseguenza dipendere da quest'ultimo il prolungarne la durata. D'altronde, un anno non è forse bastevole per realizzare i mobili? E non sarebbe forse un incoraggiare la negligenza dell'esecutore testamentario, prolungando indefinitamente il suo possesso?

(2) Confr. la nota precedente. Ricard, *op. cit.*, parte II, cap. II, n. 74. Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. I, art. 1.

(3) È questo, a parer nostro, la

stamentario non impedisce la investitura legale degli eredi o dei legatarii universali, i quali conservano e la proprietà e il possesso di dritto delle cose mobili. Ma esso restringe il loro dritto di amministrazione in quantochè autorizza l'esecutore testamentario (1): 1. a prendere di fatto possesso delle cose mobili in qualità di proprietario, ed a farli vendere fino alla concorrenza di ciò che sia necessario per soddisfare i legati (2); 2. ad esigere i capitali dovuti alla successione, non che le rendite scadute alla morte del testatore (3), a darne quietanza, ed anche a costringere i debitori al rimborso, ovvero a convenirli in giudizio, se ve ne sia luogo, per ottener delle condanne contro di loro (4); 3. in fine, ad impiegare i danari contanti dell'eredità, o le somme versate nelle sue mani, al pagamento dei legati.

Il possesso dell'esecutore testamentario permette, da altra parte, a' legatarii di somme di danaro o di cose mobili, il dirigere contro di lui la loro dimanda di pagamento o di rilascio (5). Ma, ad onta del possesso, l'esecutore testamentario dee rimanere estraneo al pagamento de' debiti, e non può essere validamen-

sola modificazione che la disposizione rigorosa della legge sulla durata del possesso sia capace di ricevere. Toullier, V, 594. Duranton, IX, 399. Confr. Ricard e Pothier, *ubi supra*.

(1) Dumoulin, *op. e luogo cit.* n. 10 ed 11, dice: « Haec consuetudo » non facit quin haeres sit saisitus » ut dominus, sed operatur quod » executor potest ipse manum po- » nere et apprehendere, non autem » vendere sine haerede, et usque » ad concurrentiam tantum. Et etiam » executor non est verus possessor, » et nisi ut procurator tantum.

(2) L'esecutore testamentario non può neppure in caso di possesso, far procedere alla vendita delle cose mobili, se non col consenso degli eredi o de' legatarii universali, o in virtù di una sentenza del giudice che l'avrà ordinata, dietro il loro rifiuto di consentirvi. Ma il prodotto della vendita dev'essere versato nelle sue mani. Confr. la nota precedente. Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. 1, art. 3, § 2. Duranton, IX, 410. Toullier, V, 583.

(3) L'esecutore testamentario è privo di qualità per esigere le pigioni o i fitti che vengano a scadere durante l'anno della esecuzione. Queste rendite non essendo appartenute al testatore, non hanno potuto essere comprese nel possesso che gli abbia dato all'esecutore testamentario. Confr. Ricard, *op. cit.*, parte II, cap. II, num. 77; Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. 1, art. 2, § 4. Vedi nondimeno in senso contrario: Toullier, V, 387; Duranton, IX, 412.

(4) Pothier, *op. e luogo cit.* Toullier, V, 588. Duranton, IX, 412.

(5) Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. III, artic. 1, § 1. Toullier, V, 553. Grenier (I, 338) opina, che la domanda di rilascio de' legati mobiliari debba essere istituita tanto contro l'erede quanto contro l'esecutore testamentario. Del resto il possesso dell'esecutore testamentario non impedisce che i legatarii di cose mobili possano dirigere la loro dimanda di rilascio contro gli eredi o legatarii universali, salvo a questi ultimi il chiamare in causa l'esecutore testamentario. Pothier, *luogo cit.*

te convenuto in giudizio da' creditori della successione (1).

Del resto, siccome l'esecutore testamentario non è che mandatario, e siccome anche quando egli abbia il possesso dei mobili, non li detiene e non gli amministra che nella qualità di depositario, così egli farà bene, affin di evitare ogni taccia di cattiva gestione per parte degli eredi o de' legatarii universali, a non agire che di concerto con essi, o dopo di averli messi in mora a difendere essi stessi i loro proprii interessi. Così, a mo' di esempio, egli dovrà, per poco che i legati sieno suscettivi di contestazione, dimandare agli eredi o a' legatarii universali l'autorizzazione di soddisfarli, o farvisi autorizzare dal giudice, e denunziare a questi ultimi ogni dimanda intentata contro di lui (2).

L'erede o il legatario universale ha la facoltà di far cessare, prima dello spirare dell'anno, il possesso dell'esecutore testamentario, offrendo di passargli una somma bastevole pel pagamento de' legati, o giustificando un tal pagamento. Art. 982. Il possesso cessa inoltre, prima di spirare l'anno, per tutte le cause che pongono termine al mandato dell'esecutore testamentario.

Questo mandato, la cui durata non è, in generale, vale a dire, salvo per quel che riguarda i poteri eccezionali derivanti dal possesso, ristretta ad un tempo determinato (3), finisce:

1. Per la compiuta esecuzione del testamento (4);

2. Per la morte dell'esecutore testamentario. Art. 987;

3. Per la sua rivocazione o destituzione pronunziata in giudizio, sulla dimanda degli eredi o legatarii universali;

4. Infine, per la sua dimissione volontaria.

Del resto, allorchè, per una causa qualunque, le funzioni dell'esecutore testamentario vengano a cessare prima della compiuta esecuzione del testamento, i legatarii o le altre parti interessate non hanno dritto di domandare la nomina di un nuovo esecutore testamentario (5).

Dopo la cessazione delle sue funzioni, l'esecutore testamentario è tenuto a render conto della sua gestione agli eredi o a' legatarii universali, eccetto se il testatore ne lo avesse dispensato .... legati.

(1) Grenier, I, 331. Confr. Duranton, IX, 414. Nell'antico dritto, consideravasi assai generalmente il pagamento dei debiti mobiliari come compreso nelle attribuzioni dell'esecutore testamentario. Confr. Ricard, *op. cit.*, parte II, cap. II, n. 80. Ma risulta chiaramente dalla combinazione degli art. 982 e 986 comma 3, che i compilatori del Codice civile hanno inteso di restringere le sue funzioni alla soddisfazione dei

(2) Ricard, *op. cit.*, parte II, cap. II, n. 79. Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. I, art. 3, § 2.

(3) Delvincourt, sull'art. 982. Toullier, V, 595. Merlin, *Rep.*, v. Esecutore testamentario, n. 8.

(4) Merlin, *luogo cit.*

(5) Essi non possono, in somigliante caso, sperimentare i loro diritti contro gli eredi o legatarii, salvochè per le vie ordinarie. Grenier, I, 331.

statore lo abbia formalmente dispensato da tale obbligazione (1). Pur tuttavolta una simile dispensa sarebbe nulla, se fosse fatta a vantaggio di una persona incapace di ricevere dal testatore, e non potrebbe in alcun caso essere opposta ad eredi di riserva.

L'esecutore testamentario è risponsabile della sua gestione, non solo verso gli eredi o i legatarii universali, ma eziandio verso i legatarii particolari. Egli può essere convenuto in giudizio da questi ultimi, se per la mancanza di adempimento alle sue obbligazioni o per una cattiva gestione, abbia compromessi i loro interessi.

Allorchè il testatore abbia nominati più esecutori testamentarii, un solo può, quand'anche abbiano tutti accettato il loro incarico (2), agire in mancanza degli altri. Quelli che restino nell'inazione non rispondono, in generale, dei fatti di coloro che agiscono. Nondimeno, se abbiano ricevuto il possesso, rispondono tutti solidalmente del conto dei mobili, tranne se il testatore abbia divise le loro funzioni, e ciascuno di loro siasi limitato a quelle che gli sieno state attribuite. Art. 988.

639 f. Delle persone le quali sono tenute a soddisfare i legati.

Il testatore può gravare della soddisfazione de' legati o i suoi eredi legittimi, o uno de' suoi legatarii universali, a titolo universale, o particolare. Le sue disposizioni a tal riguardo debbono essere eseguite come formanti la legge delle parti, senza che però possano recare onta ai dritti degli eredi di riserva, se n'esistano.

In mancanza di disposizioni

(1) La semplice dispensa dal render conto o dal fare inventario non equivale al legato del residuo di cui l' esecutore testamentario possa rimaner debitore. Essa non ha altro effetto che quello di obbligare gli eredi a stare alla sua dichiarazione, e di esimerlo dalla responsabilità delle colpe che egli possa aver commesse. L' esecutore testamentario non potrebbesi negare d'indicare il residuo del suo conto, e di consegnarlo agli eredi o ai legatarii universali, se non in quanto il testatore gli avesse espressamente legato questo residuo, ovvero, il che importerebbe lo stesso, avesse vietato ai suoi eredi di esigerlo. Ricard, *op. e luogo cit.*, n. 92. Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. I, art. 3, § 3. Toullier, V, 605.

(2) In tal guisa debbono, secondo noi, essere intese queste parole dell'art. 988: « che abbiano accettato ». Di fatti, noi non crediamo che il legislatore abbia voluto, in caso di nomina di più esecutori testamentarii, subordinare l' efficacia del mandato conferito a ciascuno di essi alla condizione dell'accettazione di tutti gli altri. Si avrebbe potuto, nell'ipotesi della nomina di più esecutori testamentarii, elevare dei dubbii sul punto di sapersi se ciascuno di essi sia autorizzato ad agire egli solo, malgrado il diniego di concorso, ovvero l'opposizione degli altri; ed è questa la quistione che l'art. 988 ha lo scopo di risolvere. Confr. Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. I, art. 2, § 4. Vedi nondimeno in senso contrario: Delvincourt, sull'art. 988; Duranton, IX, 423.

particolari del testatore, debbonsi applicare le regole che la legge ha tracciate sul pagamento dei legati (1).

I compilatori del Codice civile, seguendo, sotto questo rapporto, le tracce del dritto consuetudinario, si sono situati in un punto di vista tutto diverso da quello del dritto romano. A differenza di questo dritto, che considerava il testamento come un tutto indivisibile, subordinato ad una istituzione di erede, e che per conseguenza metteva tutti i legati a peso dell'erede istituito, essi non hanno ravvisato, nel complesso de' legati fatti da una persona, salvochè un aggregato di disposizioni semplicemente apposte, le quali, non rannodandosi necessariamente ad un'istituzione di erede, costituiscono per questa ragione appunto de' pesi dell'eredità riguardata come universalità di beni.

Secondo questo sistema, tutti coloro che sieno chiamati a raccogliere, o in virtù della legge, o in virtù del testamento, una parte aliquota dell'eredità, sono tenuti alla soddisfazione de' legati proporzionalmente a questa parte aliquota. Coloro, per contrario, i quali non sieno chiamati a raccogliere se non cose particolari, vengono dispensati d'ogni contribuzione al pagamento de' legati, qualunque sia d'altronde il valore di tali cose, comparativamente a quello dell'eredità intera.

Le obbligazioni dei legatarii, per quanto concerne il pagamento dei legati, verranno più ampiamente spiegate poco appresso.

640 g. Dell'acquisto dei legati. — 1) Dell'epoca in cui si acquistano i legati.

Ogni legato puro e semplice si acquista di pieno dritto dal legatario, fin dal momento della morte del testatore. Se il legatario sia sopravvivuto a costui, ancorchè per un solo momento, egli trasmette il dritto allegato ai suoi proprii eredi (2). Art. 968, comma 1. Lo stesso principio si applica ed ai legati fatti a termine certo (3) ed ai legati fatti sotto una condizione risolutiva (4).

Al contrario, i legati la cui esistenza sia subordinata o ad una condizione sospensiva, o ad un termine incerto (5), non si acqui-

(1) Vedi art. 791, 792, 794 a 796, 935, 966, 971, 535, 536 e 537.

(2) L'art. 968 non istabilisce espressamente questa regola, salvochè pei legati particolari; ma non vi ha dubbio, che essa si applica ugualmente ai legati universali o a titolo universale. Confr. art. 995.

(3) Pothier, *delle Donazioni testamentarie*, cap. V, sez. II, § 1. Duranton, IX, 279.

(4) Arg. art. 1136, comma 2.

(5) Confr. sul termine incerto: § 635. Nei legati, il termine incerto equivale ad una condizione, e rende il legato condizionale. L. 75, D. *de Cond.* (35, 1). Pothier, *op. e luogo cit.* Ricard, *delle Donazioni condizionali*, t. II, cap. II, n. 31 e seg. Questa regola dipende dalla natura de' legati, i quali sono sempre reputati fatti in favore de' soli legatarii, e non già in favore de' loro eredi. Savigny, III, § 126. Del resto, essa soffrirebbe eccezione, se sembrasse che il termine sia stato ap-

stano dai legatarii che dal giorno dell'avvenimento della condizione o del termine. Allorchè il legatario muoia prima di questa epoca, il legato diviene caduco, e non può in verun caso rivivere a vantaggio dei suoi eredi. Articolo 995.

Se una condizione sospensiva, o un termine incerto fosse apposto, non alla disposizione medesima, ma soltanto alla esecuzione o al pagamento del legato, il legato dovrebbesi considerare come puro e semplice, sotto il rapporto del suo acquisto e della sua trasmissione agli eredi del legatario. Tanto avrebbe luogo, a cagion d'esempio, pel legato concepito colle espressioni seguenti: *Lego a Pietro la tal somma, che gli sarà pagata nel giorno della sua maggiore età*, ovvero *che gli sarà pagata nel giorno della morte di Paolo* (1). Art. 996.

Allorchè sianvi dubbio sulla quistione, se una condizione o un termine incerto sia apposto alla disposizione istessa, ovvero soltanto alla sua esecuzione; deesi risolvere la difficoltà secondo la intenzione probabile del testatore (2).

Il legatario sotto una condizione sospensiva, o sotto un termine incerto, può anche prima dello avvenimento della condizione o del termine, esercitare tutti gli atti conservatorii del suo dritto. Per tal guisa, a cagion d'esempio, egli è autorizzato a richiedere l'iscrizione sugl' immobili della successione, conformemente all' art. 1997, a provocare la separazione dei patrimonii, e ad agire contro i terzi possessori degli immobili compresi nel suo legato per interrompere il corso della prescrizione (3). Ma egli non potrebbe esigere dalle persone gravate di soddisfare il legato una cauzione per garentirne il pagamento dopo l'avvenimento della condizione o del termine (4).

Nel caso di una condizione sospensiva di non fare, imposta al legatario, e l'adempimento della quale non sia suscettivo di verificarsi se non che alla sua morte (5), come per esempio, la condizione di non rimaritarsi, il legatario può, subito dopo la morte del testatore, dimandare il rilascio del legato, offrendo di dar cauzione per la restituzione delle cose legate nel caso in cui egli contravvenisse alla condizione (6).

Del rimanente, l'avvenimento,

posto nell'interesse del legatario medesimo, Confr. L. 46, D. *ad S. C. Trebell.* (36, 1); L. 5, C. *Quando dies leg.* (6, 53); Ricard, *op. e luogo cit.*

(1) Pothier e Ricard, *luoghi cit.*

(2) Duranton, IX, 292.

(3) Arg. art. 1133. Duranton, IX, 306.

(4) Duranton, IX, 307. Nimes, 22 aprile 1812, Sir., XIII, 2, 220.

(5) Se la condizione fosse di tale natura da potersi verificare prima della morte del legatario, questi non sarebbe più ammesso ad offrire cauzione, e dovrebbe, per domandare il rilascio, attendere che la condizione fosse adempiuta. Conf. le leggi citate nella nota seguente.

(6) Allorchè trattisi di una condizione negativa, la quale non possa verificarsi che alla morte del lega-

durante la vita del legatario, della condizione sospensiva o del termine incerto apposto al legato, produce, quanto alla proprietà delle cose legate (1), un effetto retroattivo al giorno della morte del testatore. Ma il legatario non è perciò nel dritto di pretendere gl'interessi o i frutti percepiti nel tempo intermedio. Bisogna, per quanto riguarda tali interessi o tali frutti, uniformarsi agli articoli 931 e 968 comma 2, sostituendo al giorno della morte del testatore quello dell'avvenimento della condizione o del termine incerto (2).

641. Continuazione. — 2) Della dimanda di rilascio dei legati in generale.

Quantunque i legati si acquistino di pieno dritto dai legatari dal momento della morte del testatore, se sieno puri e semplici, e dal momento dell'adempimento della condizione, se sieno condizionali, pure i legatari non sono perciò impossessati di pieno dritto, a contare dalle stesse epoche, dei beni compresi nelle disposizioni fatte in loro favore; ed eglino sono, in generale, obbligati di domandare il rilascio dei loro legati (3) a coloro che

tario, dovrebbesi, nel rigore del diritto, attendere questa epoca per giudicare se la condizione sia stata adempiuta. Ma, siccome a questo modo il legato non sarebbe mai pagabile se non che agli eredi del legatario, il che è contrario alla natura de' legati ed alla intenzione probabile del testatore, così i giureconsulti romani adottarono l' espediente indicato nel testo. Conf. L. 72, § 2; L. 77, § 2; L. 402, § 3; L. 106, D. *de Cond. et demonstr.* (35, 1). E deesi anche oggidì ricorrere a questo espediente, il quale concilia in un modo equo gl' interessi del legatario e quelli della persona gravata della soddisfazione del legato. Duranton, IX, 297. La cauzione di che parlasi nel testo è appellata *cauzione muziana*, dal nome di Quinto Muzio Scevola, il quale la fece ammettere.

(1) Sotto altri rapporti, e principalmente sotto il rapporto della capacità del legatario, la condizione adempiuta nelle disposizioni testamentarie non retroagisce alla morte del testatore.

(2) Delvincourt, sull' art. 968.

(3) La necessità della domanda di rilascio dei legati è una conseguenza, in certa guisa necessaria, della investitura ereditaria, i cui effetti non possono essere neutralizzati, da un fatto unilaterale del legatario, ma solamente dal rilascio del legato: rilascio o ordinato in giudizio, o volontariamente fatto dall' erede. In effetti, la dimanda di rilascio, secondochè fu introdotta dal nostro diritto consuetudinario, e secondochè il Codice civile l' ha conservata, era affatto sconosciuta per diritto romano. Per verità, il diritto romano, al pari del nostro diritto, non permette al legatario d' impadronirsi, di sua privata autorità, della cosa legata; e ciò per la semplicissima ragione che niuno dee rendere giustizia a se medesimo; ma, a differenza di ciò che ha luogo appo noi, il legatario era autorizzato ad istituire, indipendentemente da ogni previa dimanda di rilascio del suo legato, le azioni personali o reali che avessero potuto competergli, sia contro l'erede, sia ancora contro i terzi. Confr. Ricard, *delle Donazioni*, parte II, cap. I, sez. I e II; Pothier, *delle Donazioni testamentarie*, cap. V, sez. II, § 2.

abbiano l'investitura della eredità (1). Art. 930, 965, 968 e 970, comma 1.

Tale obbligazione incumbe non solo ai legatari particolari o a titolo universale, ma altresì ai legatari universali, eccetto se il testatore non abbia lasciati eredi di riserva; nel qual caso, essi legatari universali sono, al pari degli eredi legittimi, investiti di pieno dritto dell'eredità (2). Artic. 930 e 932. Non vi ha, sotto questo rapporto, alcuna differenza tra' legatari che non abbiano, per ragion propria, alcun diritto sui beni legati, e quelli che ne sieno, ad un titolo qualunque, comproprietarii per indiviso (3), nè tra i legatari estranei e gli eredi legatari a titolo di precapienza (4).

I legatari sono tenuti a domandare il rilascio, anche quando si trovino alla morte del testatore nel possesso, a qualunque siasi titolo, delle cose comprese nei loro legati. Così, il legatario, il quale detenga la cosa legata come inquilino o come colono, non è meno obbligato a dimandarne il rilascio (5). È lo stesso del ma-

(1) Noi diciamo: *a coloro che abbiano l' investitura della eredità.* Di fatti, i nostri antichi autori, e lo stesso Codice civile, suppongono sempre la dimanda di rilascio diretta contro persone investite della eredità: e ciò è conforme al motivo sul quale è fondata la obbligazione di fare tale dimanda. Di qui è mestieri conchiudere, che il legatario di un corpo ereditario è tenuto a domandarne il rilascio all' erede o legatario universale anche quando questo corpo faccia parte di altre cose della stessa natura, legate ad un legatario a titolo universale, o ad un altro legatario particolare. Almeno, è cosa certa che la domanda di rilascio, istituita in simigliante caso contro questi ultimi, sarebbe inefficace riguardo all' erede o al legatario universale; ed è probabile che essa lo sarebbe ugualmente riguardo a' terzi, eccetto se il legatario particolare o a titolo universale, contro di cui essa fosse stata diretta, avesse di già ottenuto il rilascio del suo legato. Siccome la domanda di rilascio è richiesta a cagione della investitura legale degli eredi, sembra che, nel caso in cui l' eredità sia devoluta a successori irregolari, i legatari sieno dispensati dall' istituire siffatta domanda, in questo senso almeno che essi sarebbero ammessi ad agire contro i terzi, senza aver prima ottenuto il rilascio dei loro legati. Del resto, i legatari sarebbero, anche in questo caso, tenuti a domandare ai successori irregolari l' esecuzione de' loro legati, per essere autorizzati a mettersi in possesso delle cose legate, ed aver diritto ai frutti o agli interessi.

(2) Vedi sulle applicazioni particolari di questa regola quanto alle diverse specie de' legatari: § 612, 613 e 614.

(3) Vedi nondimeno, in senso contrario: Bourges, 27 gennaio 1838, Dalloz, XXXVIII, 1, 116.

(4) Ricard, op. *cit.* parte II, cap. I, sez. II, n. 11. Confr. nondimeno: Grenier, I, 303, Toullier, V, 542. È stato ancor giudicato dalla corte reale di Limoges, (12 dicembre 1837, Dalloz, XXXIX, 2, 69), che la mancanza di opposizione de' coeredi al godimento dell'erede legatario a titolo di precapienza potesse essere considerata come un consentimento volontario alla sua immessione in possesso.

(5) Imponendo a' legatari l'obbli-

rito legatario delle cose mobili della sua moglie, benchè egli ne avesse, in vita di costei, l'amministrazione in qualità di capo della comunione, e ne sia dappoi rimasto in possesso (1).

Il testatore non può esimere i legatari dalla necessità di dimandare il rilascio (2). Nondimeno, allorchè egli, nominando un esec-

go di domandare il rilascio de' loro legati, la legge non fa alcuna eccezione pel caso in cui essi fossero, alla morte del testatore, in possesso delle cose legate, e deesi tanto meno ammettere tale eccezione, in quantochè sarebbe questo un riconoscere ne' legatari il potere d'invertire la causa o il carattere del loro possesso, facendo unilateralmente, e per loro sola volontà, cessare l'investitura dell'erede: il che è affatto inammessibile. Per verità, il legatario il quale detenga la cosa legata, per esempio, in qualità di fittaiuolo, potrà, quando l'erede verrà a reclamarne la restituzione o la mercede, domandare per via di eccezione il rilascio del suo legato, onde dispensarsi dal rilasciare all'erede la cosa legata, o dal pagarne la mercede per l'avvenire. Ricard, *op. e luogo cit.* Duranton, IX. 272. Riom, 1 dicembre 1818, Sir., XX. 2, 132. Tolosa, 29 luglio 1829, Sir., XXX, 2, 239. Per contrario, Delvincourt (sull'art. 968), Grenier, I, 30, Toullier, V, 541, e Zachariae (IV, § 717, nota 2), sostengono che il legatario, il quale si trovi in possesso della cosa legata, sia appunto perciò dispensato dal domandare il rilascio del suo legato, fondandosi sul riflesso che in somigliante caso una tale domanda sarebbe senza oggetto, ed invocando in appoggio della loro opinione il sentimento di Pothier (*delle Donazioni testamentarie*, cap. V, sez. II, § 2). Ma questi autori confondono evidentemente l'immessione nel possesso materiale della cosa legata, e 'l rilascio del legato. Se il legatario, il quale trovisi ad un titolo qualunque in possesso della cosa legata, non ha alcun motivo per reclamare la tradizione materiale, ha nondimeno bisogno di domandare il rilascio del suo legato per aver diritto a' frutti ed alle rendite, e per essere ammessibile ad intentare le azioni possessorie o petitorie relative alla cosa legata. Quanto al sentimento di Pothier, è bastevole di leggere attentamente il passaggio qui sopra citato, per riconoscere che gli autori cui combattiamo sonosi ingannati sul significato e sulla estensione di questo passaggio, e che in sostanza Pothier non è in disaccordo con Ricard, del quale abbiamo adottata l'opinione. Del resto allorchè il legatario si trovi già in possesso delle cose legate, e gli eredi lo lascino volontariamente nel pacifico godimento di queste cose, costoro possono per questa sola ragione essere considerati di avere tacitamente consentito al rilascio del legato di lui.

(1) Vedi nondimeno in senso contrario: Nimes, 3 gennaio 1838, Dalloz, XXXVIII, 2, 100. Vedi altresì in senso contrario, quanto alla moglie in comunione di beni, legataria a titolo universale del suo marito: Bourges, 27 gennaio 1838, Dalloz, XXXVIII, 2, 116.

(2) Ricard e Pothier, *op. e luoghi cit.* Vedi nondimeno in senso contrario: Nimes, 11 febbraio 1807, Sir., VII, 2, 635. Il testatore non può dispensare il legatario dall'obbligo di domandare il rilascio del suo legato all'erede a cui la legge accordi l'investitura. Una clausola somigliante in un testamento dev'essere considerata come non iscritta. Brusselles, 2 dicem-

cutore testamentario, gli abbia dato il possesso dei mobili, questo esecutore è autorizzato a soddisfare i legati mobiliari ed a ritenere, senza dimanda di rilascio, i legati di tal natura fatti a suo favore (1).

La dimanda di rilascio mancherebbe di oggetto, se si trattasse di un legato di liberazione (2). E quando trattisi di legato di somme di denaro, ovvero di cose determinate soltanto in quanto alla loro specie, la dimanda che facciano i legatari contro le persone gravate di soddisfare i loro legati, è piuttosto un'azione ordinaria di pagamento, che una dimanda di rilascio propriamente detta.

Del resto, l'esecuzione volontaria di un legato equivale al rilascio ottenuto in giudizio, e rende per conseguenza inutile ogni dimanda di rilascio. Così, per esempio, il legatario dell'usufrutto di una somma di denaro o di una rendita, al quale l'erede o il legatario universale non abbia pagati gli interessi o le annualità pel corso di uno o di più anni, è dispensato dal dimandare il rilascio del suo legato (3).

Ogni dimanda di rilascio deve essere portata innanzi al tribunale del luogo in cui la successione siasi aperta (4). Cod. di pr. art. 151, comma 5.

bre 1830, *Giur. di B.*, 1830, 2, 153; *Giur. del XIX secolo*, 1831, 2, 63. Vedi: Grenier, *Trattato delle donazioni*, I, 299; Pothier, *Trattato, delle donazioni*, cap. V, sez. II, § 2).

(1) Toullier, V, 542.

(2) Merlin, *Rep. v.* Legatario, § 5, n. 9.

(3) Proudhon, *dell' Usufrutto*, I, 383. Bordeaux, 29 maggio 1839, Dalloz, XXXIX, 2, 268. È stato ancor giudicato, essere sufficiente che un legatario fosse da lungo tempo in possesso de' beni legati, perchè si potesse trovare in questo possesso la prova di un rilascio consentito volontariamente dall'erede. Civ. rig., 18 novembre 1840, Dalloz, XLI, 1, 17. Confr. Limoges, 12 dicembre 1837, Dalloz, XXXVIII, 2, 69.

(Il legatario, il quale siasi messo in possesso delle cose a lui legate, colla saputa degli eredi a cui avrebbe egli dovuto domandarne il rilascio, e senza alcuna opposizione dal canto loro, non è, in mancanza di tale dimanda, tenuto a restituire i frutti delle cose legate. Brusselles, 27 luglio 1830, *Giur. di B.*, 1830, 2, 188; *Giur. del XIX secolo*, 1831, 3 70. *Contra:* Bourges, 1 marzo 1821, Sir., XXIII, 2, 338).

—Nel caso in cui il legatario, nel tempo della morte del testatore, avesse posseduto le cose a lui legate, come colui che le occupava, per esempio, a titolo di affitto, egli ha diritto ai frutti della cosa legata a contare dal giorno della morte del testatore; senza esservi bisogno a questo effetto di alcuna domanda di rilascio. Brusselles, 24 marzo 1830, *Giur. di B.*, 1830, 1, 313; *Giur. del XIX secolo*, 1831, 205. Vedi in questo senso: Grenier, *Trattato delle donazioni*, I; n. 301; Pothier, *Trattato delle donazioni*, cap. V, sez. II. § 2; Merlin, *Rep. v.* Legatario, § 3, n. 7.

(4) Tolosa, 22 marzo 1839. Dalloz, XXXIX, 2, 161. Per errore abbiamo detto che le domande relative alla esecuzione delle disposizioni a causa di morte non debbano essere portate dinanzi al tribunale del luogo dell'apertura della successione,

Le spese della dimanda di rilascio sono a carico della successione, senza che però possa risultarne riduzione della riserva legale. Per contrario, i dritti di registro, ai quali la trasmissione dei beni legati dà luogo, sono dovuti dal legatario. Nullameno, il testatore potrebbe mettere a carico del legatario le spese della dimanda di rilascio. Artic. 970.

Dal principio, che i legatarii non sono di pieno dritto investiti dei beni compresi nei loro legali, discendono le seguenti conseguenze:

1. Essi non possono, di loro privata autorità, mettersi in possesso dei beni legati.

2. Il dritto ai frutti o agli interessi della cosa legata è subordinato, pel legatario, alla dimanda di rilascio del suo legato. Artic. 931 e 968.

3. Il legatario che non abbia ancora dimandato il rilascio del suo legato, non è ammessibile ad istituire, sia contro i terzi, sia contro l'erede o il legatario universale, azioni qualunque relative alla cosa legata (1). Così, per esempio, egli non potrebbe, in generale, nè intentare un' azione di rivendicazione contro i terzi possessori (2) o contro l'erede, nè convenire in giudizio i debitori dell'eredità (3).

Pur tuttavolta egli è autorizzato a fare, anche prima di ogni dimanda di rilascio, gli atti conservatori del suo dritto, e sopra tutto a prendere iscrizione, conformemente all'art. 997, a provocare la separazione de' patrimonii, e ad agire in giudizio per interrompere il corso delle prescrizioni che fossero sul punto di compiersi contro di lui. Egli può, da un altro lato, istituire cumulatamente, in una sola e medesima istanza e la dimanda di rilascio del suo legato, ed ogni altra azione contro l'erede o contro un terzo, purchè lo stesso tribunale sia competente a conoscere dell'una e dell'altra azione (4).

Del rimanente, la mancanza del rilascio non impedisce che il legatario possa disporre, per vendita, per donazione, o altrimenti, de' beni compresi nel legato (5). Deesi da ciò conchiudere che i suoi creditori possono, prima di ogni dimanda di rilascio

se non in quanto sieno istituite prima della divisione. Non vi ha, sotto il rapporto della competenza, alcuna distinzione a fare tra 'l caso in cui queste domande vengano fatte prima della divisione, e 'l caso in cui sieno introdotte sol dopo della divisione.

(1) Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. II, § 1 e 2. Tolosa, 22 marzo 1839, Dalloz, XXXIX, 2, 161.

(2) Ric. rig., 4 aprile 1837. Dalloz, XXXVIII, 1, 298. Confr. nondimeno: Merlin, *Rep.*, *v.* Legatario, § 5, n. 9; Toullier, V, 572 e seg.

(3) Duranton, IX, 200.

(4) Così, non potrebbesi cumulare la domanda di rilascio con un' azione di rivendicazione di un immobile situato fuori l' ambito giurisdizionale in cui la successione siasi aperta. Confr. Tolosa, 22 marzo 1839, Dalloz, XXXIX, 2, 161.

(5) Civ. cass., 2 dicembre 1839, Dalloz, XL, 1, 140.

da parte sua, colpire questi beni sia di sequestro presso terzi (1), sia ancora di pignoramento mobiliare o immobiliare.

642 Continuazione. — Sviluppi de' principii stabiliti nel paragrafo precedente, per quanto concerne i legatari universali.

Allorchè il testatore non abbia lasciati eredi di riserva, o gli eredi di riserva abbiano rinunziato alla successione, il legatario universale è, di pieno dritto, investito dell'eredità, e trovasi per conseguenza dispensato dal chiedere il rilascio del suo legato. Nulladimeno, se il testamento sia olografo o mistico, egli è tenuto a farsi immettere nel possesso dell'eredità, conformemente a ciò che è stato detto nel § 636. Ma, in questo medesimo caso, il legatario universale ha dritto a' frutti o agl'interessi, a contare dalla morte del testatore, e non sarebbe obbligato di restituirli, se si fosse immesso, di sua privata autorità, in possesso dell' eredità. Il principio che il legatario universale è, in mancanza di eredi di riserva, investito di pieno diritto dell'eredità, si applica eziandio al caso in cui il testatore non poteva, a cagione della sua minore età, disporre di altro che della metà del suo patrimonio (2), ed al caso in cui il legatario si trovava, come figlio naturale del testatore, incapace di ricevere al di là di una determinata quota di beni (3).

Del resto, se il legatario universale fosse stato istituito sotto una condizione sospensiva, l'erede legittimo rimarrebbe provvisoriamente, e fino all' adempimento della condizione, investito dell' eredità (4).

(1) Civ. cass., 15 maggio 1839, Dalloz, XXXIX, 1, 212. Tutto ciò che risulterà, in somigliante caso, dalla mancanza di rilascio, si è che il giudice non dovrà ordinare il pagamento immediatamente de' valori sequestrati al creditore sequestrante.

(2) La porzione di beni della quale la legge vieta al minore, avente l'età di più di sedici anni, di disporre per testamento, non costituisce a vantaggio degli eredi collaterali una vera riserva, che sia di natura tale da far eliminare l' applicazione dell' art. 932. Il legato conserva il suo carattere di universalità, insino a che non sia stato ridotto a domanda degli eredi. Poitiers, 22 gennaio 1828. Sir., XXX, 2, 90. Vedi in senso contrario. Duranton, IX, 195.

(3) Vedi in senso contrario: Duranton. *luogo cit.* Quest' autore si fonda sul riflesso che il testatore non avendo potuto dare, in somigliante caso, salvochè la quota determinata dall' art. 674, il legato che egli abbia fatto sia in realità semplicemente un legato a titolo universale e che ogni dichiarazione contraria del testatore sia priva di effetto, perchè essa eccede i limiti della sua capacità. Ma quest' argomento prova evidentemente troppo. Ne risulterebbe che un legato universale fatto a vantaggio di una persona qualunque, incapace di ricevere un legato di questa natura, non importi l' investitura a pro del legatario; e nondimeno Duranton non eccettua dalla disposizione dell' art. 932 che i due casi indicati nel testo.

(4) Confr. nondimeno: Civ. cass., 7 agosto 1827; Sir., XXVII, 1, 441.

Allorchè il testatore abbia lasciati eredi di riserva, i quali abbiano accettata la successione, il legatario universale è obbligato di dimandar loro il rilascio del suo legato, il quale trovisi allora, di pieno dritto, ridotto alla quota disponibile. Art. 930. Ma non ha però meno dritto a' frutti o agl'interessi di questa quota a contare dal giorno della morte del testatore, purchè nell'anno, a partire da tale epoca, egli promuova la dimanda di rilascio del suo legato, o ne ottenga il rilascio volontario (1). Nel caso opposto, i frutti o gl'interessi non gli sono dovuti che a partire dal giorno della dimanda. Art. 931.

643. Continuazione.—Sviluppi dei principii stabiliti nel § 641, per quanto concerne i legatarii a titolo universale.

I legatarii a titolo universale sono tenuti a domandare il rilascio dei loro legati. Essi debbono dirigere la loro dimanda contro gli eredi di riserva, quando il testatore ne abbia lasciati; altrimenti contro il legatario universale; ed in mancanza di legatario universale, contro i parenti legittimi, nell'ordine secondo il quale sieno essi chiamati alla successione. Artic. 965. In caso di rinunzia dei parenti chiamati in primo luogo, i legatarii universali debbono dirigersi ai parenti a cui l'eredità trovasi devoluta per effetto di tale rinunzia, e se questi ultimi non sieno conosciuti, i legatarii possono, dopo spirati i termini per fare inventario e per deliberare, far nominare un curatore alla successione, affine di ottenere il rilascio dei loro legati.

Allorchè, in caso di concorso di un legatario universale e di legatarii a titolo universale con eredi di riserva, il legatario universale abbia ottenuto da questi eredi il rilascio del suo legato, i legatarii a titolo universale sono dispensati dal fare dal canto loro una dimanda di rilascio propriamente detta, e possono *de plano* chiedere la divisione dell'eredità. A maggior ragione avvien lo stesso nel caso in cui, in mancanza di eredi legittimi, un successore irregolare abbia ottenuta l'immissione in possesso dell'eredità.

Il legatario a titolo universale dee in quanto ai frutti e agl'interessi del suo legato, essere assimilato al legatario universale in concorso con eredi di riserva (2); dunque ha dritto a questo godi-

(1) Grenier, I, 298.

(2) *Eadem est ratio.* Se l'art. 931 accorda al legatario universale il godimento dei frutti o degl'interessi a contare dalla morte del testatore, anche quando, per effetto della esistenza di eredi di riserva, ei si trovi privo della investitura, ciò non può altrimenti essere se non perchè si è creduto di dover applicare la massima: *Fructus augent haereditatem*, al modo da regolare i diritti rispettivi delle persone le quali, benchè l'eredità sia loro devoluta a titoli differenti, sono nondimeno chiamate a dividerla come tale, vale a dire, come universalità giuridica. Ora, ciascun sente che la posizione del legatario a titolo universale è sotto questo rapporto, assolutamente la

mento a contare dalla morte del testatore, eccetto se egli non abbia fatta la sua dimanda di rilascio o di divisione della eredità; se non che dopo lo spirare dell'anno; nel qual caso, i frutti o gl'interessi gli sono dovuti solamente a contare dal giorno della dimanda. Arg. art. 931.

644. Continuazione.—Sviluppi dei principii stabiliti nel § 641, per quanto concerne i legatarii particolari.

Il legatario particolare di cose certe e determinate, appartenenti alla successione, è tenuto a dimandare il rilascio del suo legato alle persone investite dell'eredità, Art. 968, comma 2. Gli sviluppamenti dati nel paragrafo precedente, circa le persone a cui il legatario a titolo universale dee dimandare il rilascio del suo legato, e intorno alle circostanze, in cui egli è dispensato dal fare una dimanda di rilascio propriamente detta, si applicano egualmente ai legatarii particolari. Così per esempio, il legatario particolare che trovisi a fronte d'un legatario universale e di eredi di riserva, è dispensato dal fare una dimanda di rilascio propriamente detta, allorchè il legatario universale abbia di già ottenuto il rilascio del suo legato, e può *de plano* agire contro quest' ultimo per ottenere l'immissione in

stessa di quella del legatario universale, il legato del quale si trova, in caso di esistenza di eredi di riserva, ridotto ad una parte aliquota dell' eredità, e 'l quale è, come il legatario a titolo universale, obbligato di domandare il rilascio di questa parte aliquota. Delvincourt, sull' art. 931. Toullier, V, 543. Vedi in senso contrario: Bourges, 1 marzo 1831, Sir., XXIII, 2, 358. Duranton IX, 211, benchè riconosca che, per principio, il legatario a titolo universale ha diritto a' frutti a contare dalla morte del testatore, sostiene nondimeno che il legatario della universalità, o di una parte aliquota degl'immobili, non possa pretendere a' frutti, se non a partire dal giorno della sua domanda di rilascio. Egli si fonda sul riflesso, che i frutti non possono aumentare la massa degli immobili; perciocchè separati che sieno dal fondo, sono cose mobili. Ma questa opinione, la quale tende a stabilire tra 'l legatario di tutti o di parte de' mobili, e 'l legatario di tutti o di parte degl' immobili, una differenza che sarebbe cosa difficile il giustificare sotto il punto di vista legislativo, è contraria alla idea che bisogna formarsi de' legati della universalità o di una parte aliquota degl'immobili. La legge non ha potuto noverare i legati di questa specie nella classe delle disposizioni a titolo universale, salvochè considerando il complesso degl' immobili come formante una parte aliquota della eredità, se non facendo del tutto astrazione dalla loro natura costitutiva, per non considerarli che come dei beni. Ora, guardando la cosa sotto questo aspetto, nulla impedisce che si applichi a' legati di cui si tratta la massima: *Fructus augent hereditatem*. Gli oggetti i quali producono frutti istessi, debbono, quanto alla applicazione di questa regola, che è fondata sulla natura giuridica della eredità, essere unicamente riguardati in qualità di beni, vale a dire, fatta astrazione dalle loro qualità naturali e costitutive.

possesso della cosa legata; ovvero dirigere, essendone il caso, un'azione di rivendicazione contro il terzo possessore di questa cosa.

Il legatario di una somma di danaro, o di cose determinate soltanto quanto al loro genere, dee dirigere la sua dimanda di pagamento contro la persona o le persone tenute alla soddisfazione del legato.

I legatarii particolari non hanno dritto ai frutti e agl'interessi delle cose legate, che a contare dal giorno della loro dimanda di rilascio o di pagamento (1). Articolo 968, comma 2.

Per eccezione a siffatta regola, i frutti o gl'interessi decorrono, di pieno diritto, a vantaggio del legatario fin dal giorno della morte del testatore:

1. Quando quest'ultimo abbia espressamente dichiarata la sua volontà a tal effetto nel testamento (2).

2. Quando una rendita vitalizia sia stata legata a titolo di alimenti. Art. 969.

I principii testè stabiliti si applicano ai legatarii dell'usufrutto di cose particolari, come a legatarii della piena proprietà (3). Si applicano altresì ai legatarii del-

(1) Il legatario a titolo universale ha diritto a' frutti a contare dalla morte del testatore, se egli abbia fatta la domanda di rilascio tra l'anno dalla morte. Brusselles, 21 novembre 1837 *Giur. di B.*, 1838. Vedi in questo senso: Grenier, *delle Donazioni*, n. 297; Poujol, *Trattato delle donazioni*, sull' art. 965 n. 3.

(2) La volontà di far correre di pieno dritto i frutti o gl' interessi, dal giorno della morte, risulta forse sufficientemente da queste parole: *Intendo che i miei legatarii sieno impossessati de' loro legati fin dall' istante e pel solo fatto della mia morte?* Vedi per l' affermativa: Merlin, *Rep.* v. Legato, sez. IV, § 3 n. 28; Bourges, 3 febbraio 1837, Dalloz, XXXVIII, 2, 43. Vedi per la negativa; Bourges, 16 gennaio 1821, Sir., XXII, 2, 35.

(3) Alle ragioni addotte in siffatta nota, in appoggio della opinione emessa nel testo, aggiugneremo le considerazioni seguenti: Per verità, l' usufruttuario ha diritto ai frutti, in virtù degli articoli 510 e 529, a contare dal giorno in cui l' usufrutto siasi aperto: e questo principio si applica tanto al caso in cui l' usufrutto sia stato legato, quanto al caso in cui esso sia stato costituito per convenzione. Ma, onde fare una sana applicazione de' citati articoli al caso in cui l' usufrutto sia stato costituito per testamento, è cosa importante il distinguere fra l'acquisto del diritto legato, considerato in sè medesimo, e la sua apertura, in quanto concerne il godimento o la percezione de' frutti. Questa distinzione trovasi nettamente stabilita dall' art. 968, le cui disposizioni si applicano, per la generalità delle parole colle quali sono concepite, e giusta i motivi che loro servono di fondamento, tanto a' legati di usufrutto quanto a' legati di proprietà. Or siffatta distinzione mena a riconoscere, che se un legato di usufrutto acquistasi dal legatario dal momento della morte del testatore, in questo senso, che esso trovasi fin d' allora sottratto ad ogni rischio di caducità, l' apertura del diritto di godimento, che vi è annesso, è non dimeno subordinata alla domanda di rilascio del legato. Duranton, IX 521. Tolosa, 29 luglio 1829. Dalloz'

l'usufrutto dell'universalità de' beni del testatore (1). Adunque, i legatarii di usufrutto non hanno, in generale, dritto ai frutti o agli interessi delle cose sottoposte al loro usufrutto se non che a contare dal giorno della dimanda di rilascio dei loro legati, o dal giorno in cui questo rilascio sia stato loro volontariamente consentito. Del resto, essi sono, anche dopo di avere ottenuto il rilascio dei loro legati, obbligati di uniformarsi, per la loro entrata in godimento, alle prescrizioni dell'articolo 525 (2).

645 h. Dei dritti dei legatarii.

Allorchè, in mancanza di eredi di riserva, i legatarii universali sono di pieno dritto investiti dell'eredità, essi godono, sia riguardo ai terzi, sia verso gli altri successori universali, sia tra loro, dei medesimi dritti degli eredi legittimi (3). Laonde, essi rappresentano attivamente la perso-

XXX, 2, 262. Vedi in senso contrario: Bastia, 3 febb. 1836, Dalloz, XXXVI, 2, 51.

(1) Duranton (IX, 521) insegna per contrario che bisogni applicare all'usufruttuario della universalità dei beni la disposizione dell'art. 931. Ei fondasi, da un canto, sul riflesso che questo usufruttuario è un legatario a titolo universale, e da un altro canto, sull'art. 503, il quale, assomigliando l'usufruttuario al proprietario in quanto al godimento, gli attribuisce gli stessi dritti su'frutti. Noi crediamo di avere sufficientemente confutata la prima di tali ragioni, ove abbiamo fermato che il legatario dell' usufrutto della universalità dei beni non è che un successore a titolo particolare. E quanto all'argomento tratto dall'art. 503, abbiamo più risposte a darvi: 1. Quest'articolo non ha evidentemente in mira se non che i dritti dell'usufruttuario relativamente al modo di godimento de'beni sottoposti all'usufrutto. Ora, dall'essere, sotto questo rapporto, l'usufruttuario assimilato al proprietario, non si può sicuramente conchiudere che il legatario di usufrutto abbia diritto a' frutti a contare dall'epoca in cui egli vi avrebbe dritto, se fosse legatario della proprietà piena. 2. I legatarii della piena proprietà di una parte aliquota della universalità de' beni non hanno diritto ai frutti a partire dalla morte, se non perchè essi succedono al defunto a titolo universale, e loro si applica, ne' loro rapporti con gli eredi o col legatario universale, la massima: *Fructus augent hereditatem*. Or sicome. a parer nostro, il legatario dell'usufrutto della universalità de' beni non è che un successore particolare, così non si può a lui applicare questa massima, nè per conseguenza assomigliarlo a' legatarii a titolo universale sotto il rapporto del godimento de' frutti. 3. Se l'argomento tratto dall'art. 503 fosse esatto, converrebbe concludere che, nel caso in cui non esistano eredi di riserva, l'usufruttuario della universalità dei beni abbia diritto ai frutti, come il legatario universale della proprietà piena, a partire dal giorno della morte, indipendentemente da ogni domanda di rilascio; e nondimeno Duranton non gli attribuisce i frutti a contare da questa epoca, se non a condizione di domandare il rilascio del suo legato tra l'anno dalla morte. Questo argomento adunque prova troppo.

(2) Proudhon, *dell' Usufrutto*, II, 796 e seg. Tolosa, 29 luglio 1829, Dalloz, XXX, 2, 262.

(3) Conf. nondimeno, sul caso in cui il legatario universale sia istitui-

na del defunto. Possono esercitare tutte le azioni che un erede legittimo avrebbe il dritto di esercitare (1), e soprattutto istituire, prima di qualsivoglia prendimento di possesso reale, le azioni possessorie che competevano al defunto. Essi godono, da un'altra parte, della facoltà accordata all'erede rinunziante dall'art. 707 (2). Nondimeno, a differenza degli eredi, i legatarii universali non sono obbligati tra loro alla collazione. Art. 776.

I legatarii universali in concorso con eredi di riserva, ed i legatarii a titolo universale, non rappresentano la persona del defunto, e non godono della investitura.

Ma l'investitura legale dell'erede e del legatario universale non impedisce che i legatarii universali non investiti, o i legatarii a titolo universale, abbiano sin dalla morte del testatore un dritto di comproprietà sui beni lasciati da quest'ultimo. Se tali beni fossero stati alienati, anche prima di ogni dimanda di rilascio da parte loro, eglino sarebbero autorizzati a farli comprendere nella divisione, ed a rivendicarli, essendone il caso, dalle mani dei possessori (3).

I principii sui dritti degli eredi riguardo ai terzi, e sui dritti dei coeredi tra loro, regolano ancora, in quanto sieno indipendenti dalla investitura ereditaria, i rapporti dei legatarii a titolo universale, sia tra loro o con gli altri successori universali del defunto, sia coi terzi. Per tal guisa, a cagion d'esempio, le regole sulla divisione delle successioni si applicano ai legatarii universali privi della investitura, ed ai legatarii a titolo universale, come agli eredi (4). Del resto, i legatarii universali non investiti, ed i legatarii a titolo universale, non sono obbligati alla collazione, nè tra loro, nè rispetto agli altri successori universali. Art. 776.

I dritti dei legatarii particolari variano, secondochè i loro legati o versino sopra cose determinate nella loro individualità, o versino, sia sopra somme di danaro, sia sopra cose qualunque determinate solamente quanto alla loro specie.

Nella prima ipotesi, il legato

to con un testamento olografo o mistico: Art. 933.

(1) Colmar, 7 agosto 1834, Sir., XXXV, 2, 223. Conf. Nimes, 19 maggio 1830, Sir, XXXI, 1, 55.

(2) Pau, 31 agosto 1833, Sir., XXXIV, 2, 228. Civ. cass., 23 gennaio 1837, Sir., XXXVII, 1, 393.

(3) Nondimeno, le vendite, anche immobiliari, fatte dall'erede a vantaggio di terzi di buona fede, dovrebbero essere rispettate. Confr. Civ. cass., 16 gennaio 1843, Sir., XLIII, 1, 108.

(4) Chabot, *Successioni*, sull'art. 734, n. 3. Merlin, *Rep.*, v. Dritti successorii, n. 9. Toullier, V, 530 è di avviso che l'erede possa, dopo d'aver proceduto col legatario a titolo universale alla formazione delle quote, rilasciargli quella ch'ei voglia, senza trarle a sorte. Ma l'applicazione che Toullier fa, alla divisione tra l'erede e 'l legatario a titolo universale, della disposizione dell'art. 977, è evidentemente erronea.

produce l'effetto di rendere il legatario, di pieno dritto, ed a contare dalla morte del testatore, proprietario delle cose legate. Articolo 968, comma 1. Avviene lo stesso anche dei legati condizionali, in questo senso, che se la condizione venga a verificarsi in tempo utile, si reputa che il legatario sia stato, fin dalla morte del testatore, proprietario della cosa legata.

Il legatario è, in questa ipotesi, un successore particolare del defunto. I suoi dritti riguardo ai terzi si determinano giusta i principii generali sviluppati antecedentemente. Come successore a titolo gratuito, egli ha dritto alla garenzia di evizione (1). Nondimeno, allorchè trattasi del legato di una cosa da prendersi fra più cose della stessa specie, ovvero del legato di due cose legate sotto un' alternativa, il legatario può, in caso di evizione della cosa che l' erede gli abbia rilasciata, dimandare o un' altra cosa della specie indicata, o la seconda delle cose comprese nell'alternativa (2). Da un' altra parte, gli eredi sarebbero obbligati a far indenne il legatario, se questi avesse sofferta l' evizione per effetto soltanto di una colpa o di una negligenza dal canto loro, come, per esempio, se, malgrado i suoi richiami, avessero essi trascurato di fornirgli i titoli di proprietà (3).

Il legatario ha dritto alla cosa legata nello stato in cui essa si trovi nel momento della morte del testatore, e colle accessioni che possa aver ricevute in vita di questo ultimo. Art. 972. Così, allorchè il testatore abbia elevate delle fabbriche sul fondo legato, queste si appartengono al legatario come il fondo stesso (4). Così ancora, se il testatore abbia ampliato il circuito di un recinto, il legatario ha dritto a questo recinto in tutta la sua estensione. Art. 973, comma 2. Per contrario, il legatario non può, senza una novella disposizione, pretendere gli acquisti che il testatore non abbia uniti o incorporati alla cosa legata. Così, per esempio, allorchè il testatore, dopo di aver legata una tenuta non chiusa, l'abbia aumentata per mezzo di acquisti, tali acquisti, ancorchè fossero contigui, non sono reputati far parte del legato (5). Articolo 973 comma 1.

(1) L. 77, § 1, D. *de Leg.* 2, 31.

(2) Arg. art. 1145 e 1146. L. 39, § 3 D. *De Leg.* 3. 32, Merlin, *Rep.* v. Legatario, § 6, n. 25. Duranton, IX, 254. L'azione, che al legatario competerebbe in somigliante caso contro l'erede, non è un regresso di garentia propriamente detto. Non vi si potrebbero applicare le disposizioni degli art. 1476 e 1480.

(3) Arg. art. 972, 1096, 1100 e 1451. Duranton, IX, 234.

(4) *Quid* del caso in cui il testatore, dopo di aver legato un suolo atto ad edificare, e designato come tale, vi abbia egli medesimo elevate delle costruzioni? Vedi Duranton, IX, 267.

(5) Il legato di tutti gl'immobili, che il testatore possegga in un dato comune, comprende forse i beni che ivi abbia acquistati dappoi? Conf. Civ. cass., 22 gennaio 1839, Dalloz, XXXIX, 1. 71.

Il legatario ha dritto non solo alla cosa istessa legata, ma ancora a tutto ciò che, secondo la legge o l'intenzione del testatore, ne formi degli accessori (1). Articolo 972. Così, il legato di un fondo, fatto senza riserva, comprende gli animali addetti alla cultura, gli utensili aratorii, e gli altri oggetti reputati immobili per destinazione come inservienti alla coltivazione del fondo (2).

Gli eredi, o le altre persone gravate della soddisfazione del legato, rispondono verso il legatario dei deterioramenti o della perdita della cosa legata e dei suoi accessorii, avvenuti, sia per loro colpa o per loro negligenza, sia dopo la loro messa in mora, eccetto se, in quest'ultimo caso, la perdita o i deterioramenti avrebbero egualmente avuto luogo, anche quando la cosa legata fosse stata rilasciata al legatario. Art. 972, 1090 e 997.

Allorchè il legato versi o sopra più cose legate con una alternativa, o sopra una cosa a prendersi fra quelle di una certa specie che si trovino nell'eredità, la scelta si appartiene alla persona gravata della soddisfazione del legato, eccetto, se il testatore abbia deferita tale scelta al legatario (3). Arg. art. 1143. Questa scelta non è, in simil caso, circoscritta tra le cose di qualità media (4).

Nella seconda delle ipotesi indicate di sopra, vale a dire, allorchè il legato versi su di una somma di danaro, o su di cose determinate soltanto quanto alla loro specie, il legatario non è, parlando propriamente, un successore del defunto, e non ha che un dritto di credito contro gli eredi, o i legatarii gravati del pagamento del legato. Il debitore di un legato di cose determinate soltanto quanto alla loro specie, senza che altri abbia diritto di scelta, non è obbligato a darle della miglior qualità, e reciprocamente non può offrirle della più cattiva. Art. 977.

Ogni legatario particolare, ha contro la persona gravata della soddisfazione del legato, un'azione personale per ottenere, secondo le circostanze, sia il pagamento del suo legato, sia la tradizione o la immissione nel possesso reale delle cose legate, insieme con gli accessorii che ne dipendano, sia una indennità per ragione della perdita o dei dete-

(1) In tal guisa bisogna intendere le parole « accessorii volontarii »; che trovansi nell'art. 972, e che i compilatori del Codice hanno tolte a prestito da Pothier (*delle Donazioni testamentarie*, cap. V, sez. III, art. 1, § 6).

(2) Duranton, IX, 269. Conf. art. 1020.

(3) Conf. Merlin, *Rep.*, v. Scelta, § 2, e v. Ozione in materia di legati; Toullier, V, 527; Angers, 11 dicembre 1807, Sir., IX, 2, 3.

(4) La disposizione dell'art. 997 non è adattabile al legato alternativo. Merlin, *Rep.*, v. Ozione in materia di legati, num. 2. Toullier, V, 528. Confr. Aix, 18 aprile 1833, Sir., XXXIII, 2, 168.

rioramenti di queste cose (1). Allorchè trattisi di un legato di cose determinate nella loro individualità, il legatario è dippiù autorizzato a rivendicarle dalle mani dei terzi detentori (2), supponendo d'altronde che la sua azione di rivendicazione sia ammessibile giusta la natura di tali cose.

Il legatario può, onde sottrarsi al pregiudizio che risulterebbe dalla confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, provocare la separazione di questi patrimonii; ed egli gode, in tal caso, di tutti i vantaggi che sono, in generale, annessi a siffatto beneficio. Art. 1997.

Ma il legatario non ha ipoteca legale sugl'imobili della successione (3), e non può, per conseguenza, nè perseguitare questi

(1) Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. III, art. 1. Toullier, V, 523 e seg. Merlin. *Rep.*, v. Legatario, § 6.

(2) Pothier, *op. cit.*, cap. V, sez. III, art. 1. Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 6. n. 11.

(3) La quistione di sapersi, quale fosse la natura della ipoteca dei legatarii, formava altra fiata l'oggetto di una viva controversia nei paesi consuetudinarii. Renusson (*Trattato dei beni proprii*, cap. III. sez. XII, n. 10 e seg.) ed altri autori da lui citati, non ammettevano in favore dei legatarii una vera ipoteca *ex testamento*, allorchè il testamento fosse fatto nella forma autentica. Ma la grande maggioranza degli autori, fondandosi sulle disposizioni della L. 1, C. *Comm. de legat. et et fideicomm.* (6, 43), che essi sostenevano essere state adottate nel dritto francese, attribuivano ai legatarii un'ipoteca legale, e perciò appunto indipendente dalla forma testamentaria. Vedi: Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 6, n. 13 e 15. Una seconda controversia, comune ai paesi di dritto scritto ed ai paesi consuetudinarii, aggiravasi sul punto di sapersi se l'ipoteca, della quale godevano i legatarii, desse loro il diritto di perseguitare ipotecariamente gli eredi per lo intero, e fino alla concorrenza solamente della porzione per la quale questi ultimi erano personalmente tenuti a' legati. La prima opinione era stata adottata da Bacquet (*Trattato dei diritti di giustizia*, cap. VIII, n. 26) da Mornac (*ad* L. 18, C. *de Pact.* t. 1) e da Renusson (*op. e luogo cit.*). La seconda, che noi riguardiamo come più giuridica era difesa da Henry (t. II, parte II, quist. 57), da Ferriere (sopra Bacquet, *luogo cit.*), da Lebrun (*delle Successioni*, lib. IV, cap. II, sez. IV, n. 4), da Ricard, (*delle Donazioni*, parte II, cap. I. sez. IV, n. 25), e da Pothier, (*delle Donazioni testamentarie*, cap. V, sez. III. art. 2, § 2). La commissione incaricata di compilare il progetto del Codice civile, volendo decidere questa duplice controversia, avea inseriti nel titolo *delle Donazioni e dei Testamenti* due articoli così concepiti: « Art. 99. Gli eredi o debitori di un legato sono personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della quota e porzione della quale profittino nella successione. Vi sono ipotecariamente tenuti per lo intero fino alla concorrenza del valore degl'immobili della successione, dei quali sieno detentori ». Art. 100: « L'ipoteca del legatario è legale; essa risulta dalla donazione validamente fatta, *anche mercè privata scrittura*, nelle forme indicate di sopra ». La disposizione di quest' ultimo articolo, la quale trovavasi in opposizione coll' art. 42 del titolo *delle Ipoteche*,

immobili nelle mani dei terzi possessori, nè convenire gli eredi o gli altri debitori del suo legato, che li detenessero in tutto o in

che diceva: « Le disposizioni testamentarie *fatte con atto autentico*, non producono ipoteca che dal giorno della morte », venne soppressa dalla sezione di legislazione del consiglio di Stato. Conf. Locré, *Legisl.*, t. XI (ediz. B. t. V), art. 88, 89 e 90. Dalle cose premesse risulta chiaramente che la commissione di compilazione, proponendo l'art. 99 trascritto di sopra, e, a maggior ragione, la sezione di legislazione, adottando quest'articolo, che è divenuto 971° del Codice, hanno meno avuto in mira il conferire un'ipoteca ai legatarii, quanto il determinare la natura di quella che eglino supponevano di dover essere ad essi accordata conformemente al dritto antico, e 'l determinarne gli effetti relativamente agli eredi. Or la supposizione, nella quale era stato compilato questo articolo, non è attuata. Di fatti, non trovasi nel titolo *delle Ipoteche* alcuna disposizione la quale stabilisca esplicitamente o implicitamente, in favore dei legatarii, un'ipoteca qualunque. Vi ha di più: il ravvicinamento dell'art. 2007, il quale non mette i legati nel novero de' crediti godenti di un'ipoteca legale, e dell'art. 1997, il quale pone i legatarii a livello dei creditori, per quanto concerne la separazione dei patrimonii, dimostra che i primi non hanno, come i secondi, altro dritto di preferenza da esercitare oltre a quello che risulta da tale separazione. Le considerazioni che abbiamo ora presentate sono tanto più concludenti, in quantochè non si può supporre che la mancanza, nel titolo *delle Ipoteche*, di ogni disposizione relativa alla ipoteca dei legatarii, sia il risultamento di un oblio; perciocchè eravi nel progetto di compilazione un articolo, il quale occupandosi specialmente di tale ipoteca, doveva rammentare la quistione all'attenzione del consiglio di Stato, e mettevalo per tal guisa in mora di spiegarsi intorno a questo obbietto. Aggiugneremo non potersi considerare le espressioni dell'articolo 971: « ipotecariamente per lo intero », come attributive di una ipoteca legale a' legatarii, meglio che sia permesso di ravvisare nelle stesse espressioni, di cui si vale lo art. 794, la concessione di una somigliante ipoteca a vantaggio de' creditori. Riassomendo, l'art. 971 non contiene, per quanto concerne la quistione se i legatarii godano d'una ipoteca, altro che una semplice supposizione dell'affermativa; e supporre non è disporre. Sembra che Grenier *(delle Donazioni*, I. 331 e 332; *delle Ipoteche*, II. 421 e 422) e Toullier (V, 567 a 569) sieno del nostro avviso, in quantochè non accordano ai legatarii un'ipoteca distinta dal diritto di preferenza risultante dalla separazione de' patrimonii. Se questi autori attribuiscono ad un tale diritto di preferenza, che eglino qualificano privilegio o ipoteca privilegiata, effetti molto più estesi di quelli che noi gli attribuiamo, ciò dipende da nozioni inesatte, sulla natura della separazione dei patrimonii. Gli altri commentatori ammettono in favore dei legatarii, per applicazione dell'art. 971, un'ipoteca legale, distinta dal diritto di preferenza che è prodotto dalla separazione de' patrimonii, conformemente all'articolo 1997. Vedi in questo senso: Merlin, *Rep.*, v. Ipoteche, sez. II, § 3, artic. 45; Battur, *delle Ipoteche*, I, 333; Persil, *Regime ipotecario*, sull'art. 2007, n. 44 a 47; Delvincourt, II, 364; Dalloz, *Giur. gen.*, v. Ipoteche, num. 5 a 10; Troplong, *delle Ipoteche*, II, 432 *ter*. Duranton, XIX, 288; Cabantous, *Schizzo di una teo-*

parte, al di là della porzione per la quale eglino sieno personalmente tenuti alla soddisfazione di tal legato (1).

rio della separazione de' patrimonii, Rivista di legislazione t. IV, p. 39 e seg. Nondimeno, anche accordando un'ipoteca legale a' legatarii, gli autori da noi citati riconoscono che essa non conferisce loro alcun diritto di preferenza sui creditori del defunto: e ciò in virtù della regola: *Nemo liberalis, nisi liberatus*. Sembra ugualmente che essi ammettano, con Troplong, che l'iscrizione presa da uno de' legatarii non gli conferisca alcun diritto di preferiza sugli altri. Per tal guisa, essi restringono gli effetti della ipoteca legale, che essi accordano a' legatarii, ad un diritto di preferenza su' creditori dell'erede, ed al diritto di perseguitazione contro i terzi acquirenti degl'immobili ereditarii da costui alienati. Ma questo sistema, il quale non trova appoggio in alcuna disposizione legale, sembra d'altronde poco ragionevole. Se l'ipoteca che si attribuisce a' legatarii dee produrre l'effetto più energico che un'ipoteca ordinaria tragga seco, vale a dire, il diritto di perseguitazione, non sa vedersi perchè essa non ingenererebbe il diritto di preferenza, salvochè riguardo ai creditori dell'erede. Concepirebbesi ancora questa restrizione del diritto di preferenza nel caso in cui la successione non fosse stata altrimenti accettata se non col benefizio dell'inventario, del pari che nel caso in cui la posizione rispettiva de' legatarii e dei creditori ereditarii fosse stata conservata per mezzo della separazione de' patrimonii. Ma sembra impossibile il giustificare questa restrizione nella ipotesi in cui il patrimonio del defunto siasi definitivamente confuso con quello dell'erede. Indarno invocasi la massima: *Nemo liberalis, nisi liberatus*; perciocchè, per confessione di tutti gli autori, e secondo la giureprudenza, l'applicazione di questa massima è subordinata alla separazione de' patrimonii. D'altronde, non dcesi perdere di vista che i legatarii trovano nella iscrizione, cui sono autorizzati a prendere in virtù dell'art. 1997, un mezzo più efficace da conservare il loro diritto di preferenza riguardo a' creditori dell'eredità, che non è quello che loro presenterebbe una iscrizione richiesta in virtù di una ipoteca legale; poichè la prima sale al giorno stesso dell'apertura della successione, dovecchè la seconda prenderebbe grado dal giorno soltanto in cui essa fosse stata effettuata. In conclusione adunque, l'effetto dell'ipoteca legale de' legatarii ridurrebbesi al diritto di perseguitazione. Or è egli mai possibile di ravvisare la consacrazione di un dritto di perseguitazione contro i terzi detentori degl'immobili ereditarii nell'art. 971; il quale non ha altro oggetto che quello di regolare la maniera onde il pagamento de' legati possa essere domandato contro coloro che vi sieno personalmente tenuti? E, da un altro canto, è forse ragionevole cosa il porre, sotto questo rapporto, i legatarii in una posizione più favorevole che i creditori, mentre che nondimeno, sotto ogni altro riguardo, questi ultimi sono loro preferiti?

(1) Quest' ultima proposizione è conseguenza necessaria degli sviluppamenti dati nella nota precedente. La seconda parte dell' art. 971, la quale dispone che gli eredi o altri debitori di un legato: « vi saranno tenuti ipotecariamente per lo intero », è divenuto priva di oggetto, appunto perchè niuna ipoteca legale è stata accordata a' legatarii. Di fatti, il diritto di preferenza, di cui i legatarii possono godere in virtù della

646 i. **Delle obbligazioni dei legatarii per ciò che concerne i debiti ed i pesi della successione. — 1. Dei legatarii universali.**

I legatarii universali, i quali si trovino investiti della eredità in mancanza di eredi di riserva, rappresentano passivamente la persona del defunto e sono tenuti ai debiti ed ai pesi della successione, come lo sarebbero gli eredi *ab intestato*. Loro si applicano adunque tutti i principii sviluppati nei §§ 540. 542, 559 e 560. Essi soggiacciono ancora alla disposizione dell'articolo 706, relativa alla prescrizione della facoltà di rinunziare.

Se esistano legatarii universali investiti dell'eredità, i parenti legittimi del defunto non possono, fino a che questi legatarii non abbiano rinunziato, essere convenuti pei debiti e pei pesi della successione.

I legatarii universali, i quali, trovandosi in concorso con eredi di riserva, non abbiano l'investitura dell'eredità, e non rappresentino passivamente la persona del defunto, sono, non ostante ciò, tenuti personalmente per la loro quota e porzione ereditaria, ed ipotecariamente per lo intero (1), ai debiti ed ai pesi della successione. Quanto ai legati in particolare, eglino vi sono personalmente tenuti per lo intero, riguardo agli eredi di riserva, salvo il provocarne la riduzione, conformemente all'articolo 843, e salva altresì l'obbligazione che può a tal riguardo gravitare sopra dei legatarii a titolo universale, secondo ciò che verrà detto in appresso, Art. 935.

L'obbligazione personale, in virtù della quale i legatarii universali non investiti dell'eredità sono tenuti a pagare i debiti ed i pesi della successione, differisce da quella degli eredi *ab intestato*, in quantochè essa è limitata all'emolumento dei loro legati, ovvero, in altri termini, in quantochè eglino non vi sono tenuti *ultra vires* (2). Da ciò risulta che essi non hanno bisogno,

separazione de' patrimonii, lascia sussistere nella sua interezza il principio della divisione, tra gli eredi, de' debiti e de' pesi della eredità.

(1) Vedi sul senso di queste parole « ed ipotecariamente per lo intero ». Vedi nondimeno, per quanto concerne specialmente il pagamento dei legati il § precedente.

(2) Nella nostra antica giureprudenza erasi per lungo tempo sostenuto, che non solamente i creditori ereditarii non avessero alcuna azione diretta e personale contro i legatari universali, ma altresì che costoro non fossero tenuti a contribuire con gli eredi al pagamento dei debiti e de' pesi della successione: e questa maniera di vedere può benissimo giustificarsi in pura teoria. Nondimeno erasi alla fine riconosciuto molto generalmente che i legatari dovessero, come successori universali ad una parte aliquota de' beni del defunto, e per applicazione della massima: *Bona non sunt, nisi deducto aere alieno*, subire una riduzione proporzionata de' loro legati, in ragione de' debiti e de' pesi della successione, o, in altri termini, contribuirvi con gli eredi nella proporzione del loro emolumento rispetto al valore totale della eredità. In tale stato della giureprudenza avvenne che i

per mettere il loro proprio patrimonio al coverto dalle azioni dei creditori ereditarii, di ricorrere al benefizio dello inventario (1) Nulladimeno, essi debbono, per evitare ogni contestazio-

compilatori della nuova consuetudine di Parigi inserirono nell' art. 334 la seguente disposizione: « E quando eglino succedono gli uni a' mobili acquistati, e gli altri a' proprii, ovvero sieno donatari o legatari universali, essi sono tenuti a contribuire al pagamento de' debiti ciascuno per quella quota e porzione di cui profittino ». Si vide in questa disposizione, la quale divenne ben tosto di diritto comune, il principio di un' azione personale contro i legatarii a vantaggio de' creditori della successione; ma non si tenne però meno per certo che i legatarii non erano tenuti a' debiti, salvochè in virtù di un' obbligazione *ob rem*, vale a dire, come successori ad una parte aliquota del patrimonio del defunto, e che la loro obbligazione non poteva, di dritto, eccedere l' emolumento de' loro legati. Vedi, Ricard, *delle Donazioni*, parte III, cap. XI, n. 1508 e seg.: Pothier, *Consuetudine di Orléans*, *introduzione al tit. XVI*, n. 120; Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 7, art. 1.

(1) La quistione, se i legatarii universali non investiti della eredità, i quali accettino puramente e semplicemente, sieno tenuti a' debiti ed ai pesi *ultra vires* e sul loro proprio patrimonio, o vi sieno tenuti solamente fino alla concorrenza del loro emolumento, è molto controversa fra' commentatori del Codice civile. La difficoltà nasce dalla differenza che vi ha tra la compilazione dell' art. 792, giusta il quale i legatarii a titolo universale, a cui è d' uopo assomigliare i legatarii universali che non godano della investitura, contribuiscono insieme con gli eredi *pro rata* del loro emolumento, e la compilazione degli art. 935 e 966, secondo i quali i legatarii universali e a titolo universale sono tenuti ai debiti e pesi della successione personalmente per la loro quota e porzione. Ma come i legatarii universali in concorso con eredi di riserva, ed i legatarii a titolo universale, non rappresentano la persona del defunto, e non sono sottoposti al pagamento dei debiti che in qualità di successori universali ai beni, così non deesi esitare a dire, con gli antichi autori, che la loro obbligazione è ristretta all' emolumento de' loro legati. Conf. la nota precedente. Il Codice civile non impone espressamente l' obbligo di pagare « tutti i debiti e pesi della successione » che agli eredi investiti della eredità. Confr. art. 645. Se gli art. 935 e 966 dispongono che i legatarii universali vi sono tenuti « personalmente » per la loro quota e porzione, non risulta necessariamente da ciò, che costoro vi sono tenuti anche *ultra vires*. D' altronde, queste parole: « sono tenuti personalmente per la loro quota e porzione » si spiegano naturalmente per opposizione a queste altre: « ed ipotecariamente per lo tutto », che le seguono immediatamente. In fine, non comprenderebbesi come l' obbligazione personale dei legatarii, la quale, riguardo agli eredi, è incontrastabilmente ristretta all' emolumento de' loro legati, art. 792, potesse poi, riguardo a' creditori della successione, estendersi al di là di questa misura. Ed in vero, perchè mai i legatarî universali non investiti, ed i legatarî a titolo universale, non sono altrimenti tenuti a contribuire coll' erede *ab intestato* al pagamento de' debiti, se non che nella proporzione del loro emolumento, vale a dire, non nella proporzione della parte aliquota astratta che essi sieno chiamati a raccorre,

ne da parte di questi ultimi sulle forze dell'eredità, farne constare l'ammontare per mezzo di un regolare inventario (1).

L'obbligazione imposta ai legatarii universali in concorso con eredi di riserva, di pagare i debiti ed i pesi dell'eredità nella proporzione dei loro legati, autorizza bensì i creditori della successione a perseguitare direttamente i legatarii, ma essa non toglie loro il diritto di dirigersi per la totalità dei loro crediti agli eredi di riserva, i quali rimangono obbligati verso di loro, anche *ultra vires*, ciascuno nella porzione della sua quota ereditaria, eccetto se abbiano usato del beneficio dell'inventario, e salvo il loro regresso contro i legatarii universali (2).

Del resto, un legatario universale in concorso con eredi di riserva può, per eccezione, essere convenuto per la totalità d'un debito ereditario, allorchè tale debito sia indivisibile. Ma, in questo caso medesimo, il creditore non ha azione contro di lui che fino alla concorrenza dello emolumento del suo legato.

Gli eredi di riserva ed i legatarii universali contribuiscono tra loro al pagamento dei debiti e dei pesi dell'eredità, diversi dai legati, nella proporzione della quota per la quale sieno essi chiamati alla successione. Art. 792. Sarebbe nondimeno diversamente se il testatore avesse ripartiti tra loro i debiti ed i pesi in una proporzione differente, ovvero se, al tempo della divisione, essi avessero presi a tal riguardo degli espedienti particolari. Ma questi espedienti, o la ripartizione fatta dal testatore, non cangerebbero la posizione degli eredi di riserva o dei legatarii universali rimpetto ai creditori dell'eredità (3).

Se uno degli eredi di riserva

ma nella proporzione del valore effettivo di questa parte aliquota? La sola ragione per mezzo della quale una tale restrizione possa spiegarsi, si è che i legatarii non rappresentando la persona del defunto, e non essendo tenuti a' debiti di lui se non in qualità di successori universali a' beni, eglino non possono esservi sottoposti, salvochè sino alla concorrenza del valore de' beni che sieno chiamati a raccorre. Or siccome questa ragione concorre riguardo a' creditori così come riguardo agli eredi *ab intestato*, la posizione de' legatarii esser dee la stessa rispetto agli uni ed agli altri. Duranton, VII. 14 e 143; IX, 201. Chabot, *Commentario delle Successioni*, art. 691, n. 14. Favard, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 2, n. 9. Delvincourt, II, 353. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, t. VI, n. 14. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 520; Merlin, *Rep.*, v. Legatario § 7, art. 1. n. 17; Vazeille, *delle Successioni*, sull' art. 710, n. 10; Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss. 3, sull' art. 691.

(1) Confr., sulle conseguenze della mancanza d'inventario, i passaggi de' diversi paragrafi citati nella nota precedente.

(2) Questa proposizione trovasi di già giustificata mercè gli sviluppamenti che noi abbiamo dati.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 7 art. 1. n. 17. Delvincourt, sull'art. 791. Toullier, V, 554.

o dei legatarii abbia, per una circostanza qualunque, pagato al di là della sua porzione personale di un debito o di un peso della successione, egli ha il suo regresso contro gli altri. Il regresso che un erede di riserva possa, in simil caso, avere ad esercitare contro un legatario universale, non potrebbe giammai oltrepassare lo emolumento del costui legato. Articolo 792.

2. Parliamo dei legati a titolo universale.

I legatarii a titolo universale sono, per quanto concerne il pagamento de'debiti e de'pesi della successione, diversi dai legatarii, collocati in una posizione analoga a quella dei legatarii universali in concorso con eredi di riserva. Adunque, tutto ciò che si è detto intorno alle obbligazioni di questi legatarii, così verso i creditori dell'eredità, che verso i loro collegatarii o verso gli eredi, si applica ugualmente ai legatarii a titolo universale. Art. 966, comb. 792 e 794.

Così, i legatarii a titolo universale sono tenuti personalmente ai debiti ed ai pesi dell'eredità, nella proporzione della parte aliquota di beni che sieno chiamati a raccogliere, comparativamente all'eredità intera. Ed a tal riguardo, non è a far distinzione tra i debiti mobiliari ed i debiti immobiliari. Il legatario, il cui legato versi sopra l'universalità o sopra una parte aliquota dei mobili soltanto, non è meno tenuto, nella proporzione del suo legato, ai debiti immobiliari, come, reciprocamente, il legatario di tutti o di parte degl'immobili soltanto è tenuto, nella stessa proporzione, ai debiti mobiliari (1).

Per determinare la proporzione secondo la quale il legatario di tutti o di parte dei mobili, ovvero degli immobili soltanto, sia tenuto ai debiti ed ai pesi, si stima il valore dei beni compresi nel suo legato, comparativamente al valore degli altri appartenenti alla eredità (2).

I legatarii a titolo universale sarebbero tenuti verso i creditori al pagamento dei debiti, anche quando il testatore ne avesse esclusivamente gravati i suoi eredi o legatarii universali.

Quanto al pagamento de' legati particolari, bisogna distinguere fra quelli i quali abbiano per oggetto somme di denaro o cose determinate solamente in quanto alla loro specie, e quelli che abbiano per oggetto cose determinate nella loro individualità. I legati della prima specie sono a carico di tutti i legatarii a titolo universale indistintamente, nella porzione dei loro legati relativamente all'eredità intera (3). Per

(1) Arg. art. 1414 francese. Non facendo qui la legge, come in materia di comunione, alcuna distinzione tra' debiti mobiliari ed i debiti immobiliari, è d'uopo attenersi al principio, che tutti i debiti di una persona, qualunque ne sieno l'origine e la causa, gravitano egualmente in tutti i beni componenti il suo patrimonio. Art. 1962. Duranton, IX, 213.

(2) Duranton, IX. 213.

(3) Nondimeno, Duranton IX, 218 e 219 insegna che i legati di som-

contrario, i legati della seconda specie sono a carico esclusivo dei legatarii chiamati a raccogliere, sia le cose mobili, sia gl' immobili soltanto (1).

3. Parliamo dei legatarii particolari.

I legatarii particolari non sono tenuti personalmente ai debiti ed ai pesi della successione. Articolo 979.

Se il testatore avesse espressamente gravato un legatario particolare del pagamento di determinati debiti, l' accettazione del legato importerebbe per quest'ultimo l' obbligazione personale di soddisfarli; ed essa sussisterebbe anche quando la cosa legata venisse a perire nelle mani del legatario (2).

Il legatario particolare è talvolta obbligato, a cagione della natura stessa della cosa formante l'oggetto del suo legato, di soffrire la deduzione di dati debiti, o di contribuire al loro pagamento. Per tal guisa, o a mo' d'esempio, il legatario di una successione devoluta al testatore, o della parte a costui spettante in una comunione di beni, è obbligato, sia di lasciar dedurre i debiti che gravino la successione o la comunione, sia di bonificarne l'ammontare ai successori universali del testatore (3). Per tal guisa ancora, il legatario dell'usufrutto

me di danaro, o di una determinata quantità di derrate, debbano prelevarsi dal numerario e dalle provvisioni esistenti nel tempo della morte del testatore, e per conseguenza restare, fino alla concorrenza di questo numerario o di queste provvisioni, a carico esclusivo del legatario a titolo universale delle cose mobili. Ma noi non crediamo, che la circostanza puramente accidentale di trovarsi nella successione danaro contante o derrate debba esser presa in considerazione; perciocchè nulla, in somigliante caso, indica con certezza, avere il testatore inteso che i legati di cui si tratta fossero prelevati dalle cose mobili. Sarebbe d'altronde cosa assai singolare, che, in caso d' insufficienza del numerario e delle derrate esistenti nel tempo della morte del testatore, questi legati fossero in parte a carico esclusivo del legatario delle cose mobili, mentre che pel dippiù questo legatario non vi sarebbe tenuto che nella proporzione del valore delle cose mobili riguardo a quella degl' immobili.

(1) La ragione di ciò si è, che i legati di cose mobili, e di immobili determinati nella loro individualità, formano naturalmente una delibazione del legato a titolo universale delle cose mobili o degl' immobili. *In toto iure*, *generi per speciem derogatur.* Delvincourt, sull'art. 966. Duranton, IX, 217.

(2) Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 6, n. 5 *bis.* Civ. cass., 17 maggio 1809, Merlin, *op. e luogo cit.*

(3) Arg. art. 1514. Siccome una successione devoluta ad una persona, o la parte che le appartenga in una comunione di beni, costituiscono, in quanto che si considerino in sè medesime, ed indipendentemente dal dippiù del patrimonio di questa persona, una universalità di attivo e di passivo, così è mestieri, onde conoscerne il reale ammontare, dedurre da' beni, che le compongano, i debiti ed i pesi di che sieno gravate. Pretendere che il legatario di una successione devolutasi al testatore, o della sua parte in una comu-

della totalità o di una parte aliquota dei beni del defunto deve, appunto perchè il suo usufrutto versa su di una universalità giuridica, subire una riduzione proporzionale all'ammontare dei debiti e dei pesi della successione. Questa riduzione si effettua giusta il modo indicato nell'art. 537.

Il legatario di un immobile gravato di ipoteca, sia per un debito del defunto, sia pel debito di un terzo, non può dimandare che gli credi o i successori universali del defunto rendano libero l'immobile, eccetto se il testatore abbia loro espressamente imposta l'obbligazione di farlo. Ma se abbia egli stesso soddisfatto il debito, sia volontariamente, sia per effetto di un'azione ipotecaria, ha il suo regresso contro gli eredi o i successori universali del defunto, se quest'ultimo era personalmente obbligato al debito, e, nel caso contrario, contro il terzo che ne era debitore (1). Articolo 974, comb. 874 franc. (2).

Del resto, quantunque i legatarii particolari non sieno tenuti ai debiti ed ai pesi della successione, essi sono nondimeno primeggiati sopra i beni della successione dai creditori ereditarii, quando costoro abbiano dimandata la separazione dei patrimonione, possa reclamare i beni che ne dipendano, senza alcuna deduzione a cagione de' debiti e de' pesi onde sieno gravate, sarebbe questo evidentemente un attribuire al legatario più di quello che il testatore ha avuto l'intenzione di conferirgli. Proudhon, *dell' Usufrutto*, IV, 184 e seg. Duranton, IX 230. Del resto, se il testatore avesse egli stesso soddisfatta una parte de' debiti che gravino la successione o la comunione, il legatario sarebbe solamente tenuto a lasciar dedurre i debiti che rimarrebbero a soddisfarsi. Arg. art. 972. *Nec obstat* art. 1544. L. 77, § 1. e L. 88, § 2. D. *de Leg.* 2. (31). Proudhon, *dell' Usufrutto*. IV. 1847.

*(1) Lo stesso avrà luogo parimente a favore del legatario particolare in usufrutto, il quale, se vien forzato a pagare i debiti per cui il fondo è ipotecato, avrà lo stesso regresso contro l'erede proprietario del fondo nel modo spiegato nell'art. 537.

(2) Molto a torto si è ravvisata una antinomia tra questi due articoli, i quali statuiscono sopra quistioni perfettamente distinte. Di fatti, l'art. 874 francese ha per oggetto il decidere chi, se il legatario particolare di un immobile gravato d'ipoteca per un debito del defunto, o i successori universali di quest' ultimo, debba in conclusione sopportare un tal peso; e la soluzione che esso dà a siffatta quistione è una conseguenza del principio stabilito dagli art. 792 e 978. Per contrario, l'art. 974 ha unicamente per oggetto il decidere, in quale stato debba essere rilasciato l'immobile gravato d'ipoteca; e la disposizione che esso contiene relativamente a ciò è un'applicazione dell' art. 972. Quel che non può lasciare alcun dubbio sullo scopo e sul senso dell'art. 974, si è l'assimilazione che esso stabilisce, da un canto, tra 'l caso in cui l'immobile legato si trovi ipotecato al un debito del defunto, e 'l caso in cui sia ipotecato pel debito di un terzo, e, dall' altro canto, tra 'l caso in cui l'immobile si trovi gravato d'ipoteca, ed il caso, in cui si trovi sottoposto ad un usufrutto. Grenier, I, 313. Chabot, *Commentario* n. 3. *Successioni*, art. 874 francese, *delle* Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 7. art. 2. n. 4.

nii, quando la successione sia stata accettata col benefizio dell'inventario, o quando essa sia divenuta giacente. Art. 728 e 733, ed arg. da questi articoli.

647 k. Della nullità, della rivocazione e della caducità dei legati.—Generalità.

Le diverse nullità di forma dei testamenti, del pari che le cause di nullità intrinseca dei legati, sono state indicate nei sei primi numeri del presente capitolo.

L'annullamento di un testamento trae seco la nullità di tutte le disposizioni che esso racchiuda. Siffatta nullità giova, in generale, agli eredi legittimi, in quantochè i beni, di cui il testatore aveva disposto col testamento annullato, rientrano nella sua eredità *ab intestato*. Non per tanto, i legatarii istituiti con un precedente testamento, ed i cui legati fossero stati rivocati, ristretti o gravati di pesi col testamento annullato, sono egualmente ammessi ad invocarne la nullità, per reclamare l'esecuzione senza modificazione del testamento col quale fossero stati gratificati.

La nullità di un legato non può essere provocata se non che da colui o da coloro, i quali ne debbono profittare (1).

Quanto alla quistione di sapersi a chi giovi l'annullamento, per qualche vizio intrinseco, di uno o di più legati contenuti in un testamento d'altronde valido, essa si risolve a norma di regole analoghe a quelle che reggono gli effetti della caducità dei legati (2).

Un testamento nullo nella forma non è suscettivo d'esser confermato dal testatore, il quale deve, se voglia mantener ferme le sue disposizioni, rifarle nella forma legale. Ma la dimanda di nullità d'un testamento non è più ammessibile da parte degli eredi legittimi o degli altri interessati, allorchè, dopo la morte del testatore, essi abbiano espressamente ratificato il testamento, ovvero l'abbiano seguito volontariamente e con cognizione di causa. Arg. art. 1293 e 1294.

I legati contenuti in un testamento valido nella forma, ed i quali, nel principio, non fossero stati infetti di veruna nullità intrinseca debbonsi considerare come non fatti, e cessano d'avere effetto, nei casi seguenti:

1. Allorchè sieno stati rivocati dal testatore;

2. Allorchè sieno divenuti caduchi;

3. Allorchè, dopo la morte del testatore, ne sia stata pronunziata la rivocazione a dimanda degli eredi o di altre parti interessate.

La sopravvegnenza di figli al testatore, il quale non ne avesse avuti nell'epoca della formazione del suo testamento non rivoca le disposizioni testamentarie. Avverrebbe altresì lo stesso nel caso in cui il testatore fosse morto senza aver avuta conoscenza del parto o della gravidanza della sua

(1) Civ. cass., 22 luglio 1835, Dalloz, XXXV, 1, 396.

(2) Limoges, 20 dicembre 1830, Dalloz, XXXI, 2, 227.

moglie (1). Nondimeno, in questa ipotesi, il testamento potrebb'essere annullato per causa di errore, se fosse certo, e soprattutto se risultasse dalle stesse parole di tale testamento o dalla natura delle disposizioni che esso racchiuda, che il testatore non abbia disposto con atto di ultima volontà, se non a cagione del convincimento in che egli trovavasi di dover morire senza figli (2).

648. 1. Della rivocazione d'un testamento o d'un legato da parte del testatore.

Il testatore può, fino a che egli conservi la capacità di testare, rivocare le sue disposizioni testamentarie (3). Qualunque rinunzia a tale facoltà, fatta, sia in un testamento, sia in un qualche altro atto, dovrebbe riguardarsi come non avvenuta. Art. 815.

La rivocazione di un testamento, o di qualcuna delle disposizioni che esso contenga, può aver luogo espressamente o tacitamente.

1. La rivocazione espressa non può risultare che da un testamento posteriore, ovvero da un atto ricevuto congiuntamente da due notai, o da un notaio in presenza di due testimonii, e contenente dichiarazione del cangiamento di volontà. Art. 990.

Il testamento, destinato a rivocare precedenti disposizioni testamentarie, è suscettivo di esser fatto nell' una o nell' altra delle forme ordinarie. Esso può ancora esser fatto in una delle forme privilegiate, allorchè il testatore, a cagione della sua qualità o delle circostanze in cui si trovi, sia autorizzato a testare in una di tali forme. Se la rivocazione venga fatta con un atto in forma di te-

(1) Per sostenersi l' opinione contraria, si trae ragione dall' antica giurisprudenza, la quale, anche dopo la pubblicazione delle ordinanze del 1731 e del 1735, riconosceva nel giudice il potere di tener per rivocati, in tutto o in parte, i testamenti, dopo la formazione de' quali fossero sopravvenuti figli al testatore. Ma questa giurisprudenza, fondata sopra disposizioni del diritto romano, che l' ordinanza del 1735 aveva lasciate sussistere, manca, oggidì di base, perchè le leggi romane sono state abrogate dalla legge del 30 ventoso anno XII. Il Codice civile non avendo compresa la sopravvegnenza di figli nel novero delle cause di rivocazione de' testamenti, i tribunali non potrebbero, senza commettere un eccesso di potere, pronunziare la rivocazione di un testamento, neppure nell' ipotesi indicata nel testo. Merlin, *Rep.*, v. Rivocazione di codicillo, § 3. Duranton, IX, 474. Toullier, V, 760. Nimes, 177 febbraio 1840, Sir., XL, 2, 97. Douai, 30 gennaio 1843, Sir., XIII, 2, 69. Limoges, 8 aprile 1843, Sir., XLIV, 2, 84. Vedi in senso contrario: Grenier, I, 341; Delvincourt, sull' art. 970.

(2) Per verità, l' errore di cui qui parliamo non va compreso nella classe di quelli de' quali è stato trattato nel § 579; ma esso ci sembra più sostanziale e più radicale ancora di questi ultimi; perchè siffatto errore versa, non solamente sulla intenzione di gratificare la tale o la tale altra persona, ma sulla volontà di disporre in generale. Douai, 30 gennaio 1843, Sir., XLIII, 2, 69. Confr. Limoges, 8 marzo 1843, Sir., XLIV, 2, 84.

(3) Confr. Ric. rig., 22 agosto 1836, Dalloz, XXXVII, 1, 137.

stamento olografo o mistico non è necessario che quest'atto contenga, oltre la dichiarazione di rivocazione, altre disposizioni esplicite di ultima volontà (1).

La clausola di rivocazione non è valida, se non in quanto l'atto che la racchiude riunisca in sè le forme particolari che quest' atto richieda secondo la sua natura. Quindi risulta, che la rivocazione contenuta in un testamento per atto pubblico, nullo per vizio di forma, come, a mo' d' esempio, per causa d'incapacità di uno dei testimonii, ovvero per causa di mancanza di lettura al testatore in presenza dei testimonii, è ancor essa colpita di nullità, quantunque il testatore in sè riunisca d' altronde tutte le formalità richieste per gli atti notarili (2).

(1) Se un atto notarile, contenente dichiarazione di cangiamento di volontà, è bastevole per rivocare un testamento, perchè mai un atto fatto nella forma de' testamenti olografi, forma, che, secondo lo spirito della legge, è più solenne di quella di un atto notarile, non sarebbe sufficiente per produrre lo stesso effetto? D'altronde, un atto fatto nella forma di un testamento olografo, e contenente rivocazione di un testamento anteriore, racchiude virtualmente e necessariamente una nuova disposizione in favore degli eredi legittimi, che il testamento rivocato aveva esclusi o gravati di legati, e presenta così tutti i caratteri di un vero testamento. *Osservazioni del tribunato* sull' art. 990 Locré, *Legisl.*, t. XI, n. 64. Grenier, I, 342. Toullier, V, 633. Duranton, IX, 451. Ric. rig., 17 maggio 1814, Sir., XV, 1, 17. Vedi in senso contrario: Delvincourt, sull' art. 990.

(2) Appunto perchè l' art. 990 non permette di rivocare precedenti disposizioni testamentarie, se non che con un testamento posteriore o con un atto dinanzi notaio, ed indica questi due modi di rivocazione come perfettamente distinti l' uno dall' altro, il testatore dee, adottando il primo di questi modi, uniformarsi alle regole prescritte per la validità de' testamenti. D' altronde, autorizzando la rivocazione mercè un testamento posteriore, la legge non ha potuto intendere di parlare che di un testamento valido nella sua forma, perchè un testamento una volta annullato decsi considerare come non fatto. E però una dichiarazione di rivocazione, contenuta in un testamento nullo, deve ancor essa essere riguardata come non esistente. Per sostenersi l' opinione contraria a quella che noi abbiamo ammessa, si fanno più ragionamenti: 1. Dicesi che un atto, nullo sotto un dato rapporto e per un dato oggetto, possa nondimeno valere sotto un altro oggetto. Questa osservazione è esatta in sè medesima. Ma, volerne conchiudere che un atto, nullo come testamento, possa benissimo valere come atto rivocatorio, è un fare, senza avvedersene, una petizione di principio; perciocchè trattasi di una dichiarazione di volontà, la quale non può aver effetto, se non in quanto abbia avuto luogo in una delle forme stabilite dall' art. 990, e la difficoltà consiste appunto nel sapere se le ordinazioni di questo articolo sieno state adempiute. 2. Dicesi che un atto, il quale contenga disposizioni di diversa natura, di cui alcune sieno nulle o inefficaci, non lasci di valere in quanto alle altre, almeno allorchè possano sussistere indipendentemente dalle prime. Ora, si soggiunge, la dichiarazione di rivocazione di un testamento precedente può sussistere, indipendentemente dalle nuove disposizioni cui il te-

Ma la circostanza che le nuove disposizioni contenute in un testamento, il quale rivochi un testamento anteriore, fossero state

statore avesse manifestata l' intenzione di fare, e può per conseguenza valere, quando anche siffatte disposizioni fossero nulle nella forma. Ma il principio che s' invoca è stato sol quando le diverse disposizioni contenute in un atto non abbiano tra loro alcun intimo legame, e non sieno le une o la condizione, o la conseguenza, o anche semplicemente la continuazione delle altre. Or quando un testatore, facendo un nuovo testamento, rivochi in pari tempo le sue precedenti disposizioni, la clausola rivocatoria lungi dall' essere indipendente dalle nuove disposizioni, ne è la conseguenza, o almeno la continuazione, e costituisce una parte integrante del testamento come tale. Essa dunque non può avere effetto, se il testamento che la racchiude sia nullo. D' altronde, separandola dalle altre disposizioni, per mantenerla ferma mal grado la nullità del testamento, si disnaturerebbe il più sovente la volontà del testatore, in quantochè gli eredi legittimi profitterebbero di una rivocazione fatta, non già nel loro interesse, ma in quello delle persone istituite col nuovo testamento. 3. In fine, si trae ragione dalla circostanza che, nel tempo della discussione dell' articolo 990 presso il consiglio di Stato, si è quistionato di dichiarare, in un articolo addizionale, che il testamento per atto pubblico, contenente una clausola di rivocazione di disposizioni anteriori, dovesse, benchè nullo come testamento, produrre la rivocazione di queste disposizioni, allorchè esso fosse rivestito delle forme prescritte per gli atti notarili. Ma questa circostanza, lungi dal somministrare un argomento contro la nostra opinione, ci sembra per contrario tale da confermarla. Ed in vero, perchè mai sarebbesi pensato d' inserire nel Codice l' articolo addizionale di che si tratta, se non perchè erasi riconosciuto che l' art. 990 doveva menare ad una conseguenza opposta al principio che volevasi consacrare? E se l' idea di quest' articolo addizionale è stata abbandonata, è permesso il credere, ciò essere avvenuto perchè il consiglio di Stato, riflettendovi più da vicino, è stato tocco dal pericolo che vi sarebbe nello scindere la volontà del testatore, mantenendo ferma una clausola rivocatoria contenuta in un testamento per atto pubblico nullo come tale. Grenier, I, 342. Merlin, *Rep.*, v. Testamento, sez. II, § 3, art. 2, n. 5; e *Quest.*, v. Rivocazione di testamento, § 1, 4. Poitiers, 29 agosto 1806, Sir., IX, 2, 102. Limoges, 8 luglio 1808, Sir., VIII, 2, 234. Pau 3 dicembre 1808, Sir., IX, 2, 101. Aix, 20 aprile 1809, Sir., XIII, 2, 342. Ric. rig., 20 febbraio 1821, Sir., XXII, 1, 11. Bordeaux, 24 maggio 1822, Sir., XXIII, 2, 14. Tolosa, 12 agosto 1831. Sir., XXXII, 2, 581. Bordeaux, 25 agosto 1833, Sir, XXXIII, 2, 14. Ric. rig., 2 marzo 1836, Sir., XXXVI, 1, 174. Pau, 27 agosto 1835, Dalloz, XXXIX, 1, 294. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 620 e seg.; Brusselles, 20 luglio 1807, Sir., VII, 2, 973; Ric. rig., 23 gennaio 1810, Sir., X, 1, 126; Torino 19 marzo 1810, Sir., XI, 2, 57, Duranton, IX, 438 e seg. pronunziandosi, in generale, per la efficacia di una clausola rivocatoria contenuta in un testamento, il quale, benchè nullo come tale, in sè riunisca le formalità prescritte per gli atti notarili, opina ciò non ostante che questa clausola non debba produrre la rivocazione di quelle fra le disposizioni del primo testamento che fossero state riprodotte dal secondo. Vedi in questo senso: Nimes, 7 dicembre 1821, Sir.,

annullate a cagione dell' incapacità de' legatarii, o fossero divenute caduche per una causa qualunque, non formerebbe ostacolo alla validità della rivocazione.

La rivocazione di un testamento, in tutto o in parte, è anche essa suscettiva di essere rivocata o ritrattata da una nuova dichiarazione fatta in una delle forme indicate di sopra. Allorchè la rivocazione così ritrattata sia contenuta in un atto notarile, o in un atto in forma testamentaria che non racchiuda nuove disposizioni, la ritrattazione fa rivivere, di pieno dritto, ed indipendentemente da ogni dichiarazione a tal riguardo, le primiere disposizioni del testatore. Se, per contrario, siffatta rivocazione sia contenuta in un secondo testamento che racchiuda disposizioni novelle, la ritrattazione di questo testamento non fa rivivere le disposizioni del primo se non in quanto il testatore abbia espresso, tale essere la sua intenzione (1). Del resto, l'intenzione di far rivivere un pri-

XXII, 2, 324. Del resto, intendesi bene, che se un atto fatto nella forma de' testamenti per atto pubblico contenesse solamente una dichiarazione di rivocazione di un testamento anteriore, senza l' addizione di alcuna nuova disposizione, una tale dichiarazione avrebbe effetto, benchè l' atto che la contenga non fosse rivestito di tutte le formalità richieste pe' testamenti, se d' altronde esso fosse fornito di quelle che sono richieste per gli atti notarili. In simil caso, dovrebbesi applicare la massima: *Utile per inutile non vitiatur*.

(È valida la rivocazione di un testamento in un atto scritto, datato e sottoscritto di sua mano, in cui dicasi dal testatore: *Io rivoco i miei testamenti fatti sino a questo giorno*. Brusselles, 1 febbraio 1837, *Giur. di B.*, 1837, 430.

—La clausola rivocatoria in un testamento posteriore, nullo per vizio di forma, non ha l' effetto, come atto notarile, di rivocare un primo testamento. Brusselles, 2, marzo 1822, *Giur. di B.*, 1822, 1, 169; Dalloz, XI, 164.)

(1) Questa distinzione, col soccorso della quale noi crediamo di dover risolvere la quistione, se l' atto che ritratti la rivocazione di un testamento faccia di pieno dritto rivivere quest' ultimo, va facilmente giustificata. Di fatti, se noi ammettiamo, da un lato, che la ritrattazione di un atto notarile, contenente rivocazione di un testamento, fa di pieno dritto rivivere questo testamento, lo ammettiamo perchè non potendo questa ritrattazione avere avuto altro oggetto che di restituire la vita al testamento rivocato, indica per sè medesima in un modo certo la volontà del testatore in ordine a ciò. E se noi crediamo, dall' altro lato, che la rivocazione di un testamento, il quale aveva rivocato un precedente testamento, non fa rivivere quest' ultimo, se non in quanto il testatore abbia dichiarato, tale essere la sua volontà, crediamo così, perchè è possibile cosa che il testatore abbia semplicemente inteso di mettere nel nulla le disposizioni contenute nel secondo testamento, senza volere che il primo ricevesse la sua esecuzione, e perchè, nel dubbio, uopo, è, secondo lo spirito del nostro dritto, pronunziarsi in somigliante caso piuttosto in favore degli eredi legittimi, che de' legatari. Vedi nel senso di quest' ultima proposizione. Douai, 3 novembre 1836, Dalloz,

mo testamento rivocato da un secondo, può essere validamente espressa non solo in un terzo testamento (1), ma eziandio in un atto notarile contenente ritrattazione del secondo (2).

XXXIX, 2, 5; Caen. 24 aprile 1841, Sir., XLI, 2, 490. Confr. Toullier, V, 635; Duranton, IX, 441; Civ. cass., 22 marzo 1837, Sir., XXXVII, 1, 305. Vedi in senso contrario: Merlin, *Rep.* v. Rivocazione di testamento, § 4, n. 6; Grenoble, 14 giugno 1810, Sir., XI, 2, 20.

(1) Si è voluto sostenere che la rivocazione di un testamento avendo per effetto il metterlo compiutamente nel nulla, il testatore non potesse, mediante una semplice dichiarazione di volontà, tuttochè inserita in un atto rivestito di tutte le formalità testamentarie, far rivivere le sue prime disposizioni, e che egli dovesse, per ridonar loro la vita, trascriverle in un nuovo testamento. Vedi in questo senso: Grenier, I, 346. Ma questa opinione dipende da una idea erronea intorno alle conseguenze della rivocazione di un testamento. Ed in vero, la rivocazione non attaccando il corpo e la sostanza del testamento rivocato, e non alterandone nè la forma nè la solennità, non lo mette nel nulla. Il testamento continua a sussistere materialmente ed a comprovare legalmente la volontà che il testatore aveva da prima manifestata; e se esso trovasi colpito d' inefficacia, ciò non avviene se non per effetto di una volontà contraria del testatore: volontà, che è ancor essa essenzialmente rivocabile, e che il testatore è per conseguenza l'arbitro di ritrattare quando gli piaccia, per far ritorno alle prime disposizioni. Usando di questa facoltà, il testatore altro non fa che rimuovere l'ostacolo cui un cangiamento di volontà da parte sua aveva momentaneamente apportato alla efficacia del suo testamento, e non deve conseguentemente repularsi di far egli un nuovo testamento. Merlin, *Rep.*, v. Rivocazione di testamento, § 4, num. 7, Duranton, IX, 441. Toullier, V, 635, Ric. rig., 4 dicembre 1811, Sir., XII, 1, 129. Confr. L. 11, § 2, D. *de Bon. poss. sec. tab.* 37, 11.

Un testamento una volta annullato non può tornare in vita se non per mezzo di una nuova disposizione testamentaria; e quindi, allorchè un testatore faccia un secondo testamento, col quale annulli tacitamente il primo, e rivochi poscia il secondo testamento, senza fare alcuna menzione del primo, questo primo testamento non può riprendere la sua esistenza pel solo fatto di tale rivocazione. Brusselles, 16 aprile 1831, *Giur. di B.*, 1831, 2, 60. Dalloz, XI, 153.

(2) Ammettere che una semplice dichiarazione di volontà, inserita in un terzo testamento, sia sufficiente per far ritornare in vita le disposizioni contenute nel primo, e negare la stessa forza ad una somigliante dichiarazione inserita in un atto notarile, sarebbe un introdurre fra due modi di rivocazione adottati dall'artic. 990 una distinzione che la legge non ha stabilita. D'altronde, dev' essere permesso al testatore, il quale ritratti con un atto notarile un secondo testamento con cui aveva rivocato il primo, lo indicare in pari tempo lo scopo e 'l determinare gli effetti di una tale ritrattazione; ed egli non fa altro che questo, dichiarando essere suo intendimento che il suo primo testamento abbia esecuzione. In vano si obbietta che una somigliante dichiarazione costituisca in realtà un vero testamento, e debba per conseguente esser fatta nella forma de' testamenti. Duranton, IX, 441. Civ. cass., 12 marzo 1837, Sir., XXXVII, 1, 305. Dijon, 8 marzo

La dichiarazione di rivocazione di un testamento, o di qualcuna delle sue disposizioni, è suscettiva, del pari che la ritrattazione d'una simile dichiarazione, di essere impugnata per causa di errore, nel caso in cui l'errore possa servir di base ad una dimanda di annullamento di testamento.

2. La rivocazione tacita delle disposizioni testamentarie può risultare, sia da un testamento posteriore o da atti tra vivi co' quali il testatore abbia implicitamente manifestata l'intenzione di rivocarle, sia dalla cessazione dell'unico motivo che lo aveva indotto a fare un legato, sia in fine dalla lacerazione o dalla cancellazione del testamento.

1) Un testamento posteriore, il quale non racchiuda veruna dichiarazione espressa di rivocazione, non rivoca le disposizioni dei testamenti anteriori, se non in quanto contenga esso stesso delle disposizioni incompatibili con quelle di tali testamenti (1). Articolo 991.

Da ciò deriva, che un legato contenuto in un primo testamento non è rivocato nè da un secondo testamento nel quale esso sia stato semplicemente omesso (2), neppure da un testamento le cui disposizioni sarebbero state inutili o senza oggetto, se il testatore non avesse avuta l'intenzione di rivocare siffatto legato (3). Ne deriva eziandio che i legati di quantità anche omogenee, per esempio, di somma di danaro, fatti alla stessa persona, in diversi testamenti, non sono rivocati necessariamente gli uni dagli altri, e debbono, in generale, avere cumulativamente la loro esecuzione (4). Deesene ugualmente con-

1838, Dalloz, XXXVIII, 2, 70. Confr. Caen, 24 aprile 1811, Dalloz, XLI, 2, 243.

(1) La regola del diritto romano: *Testamentum posterius rumpit prius*: regola, la quale rannodavasi alla necessità della istituzione di erede in ogni testamento, è estranea al diritto francese. Confr. Merlin, *Rep. v.* Rivocazione di legato, § 2, n. 2.

(2) Tolosa, 14 gennaio 1840, Sir., XLI. 2, 60.

(3) Può senza dubbio risultare da somigliante disposizione una presunzione morale di aver voluto il testatore rivocare i suoi precedenti legati. Ma una presunzione di tale natura è impotente a neutralizzare un legato, il quale non essendo nè rivocato in termini espressi, nè incompatibile con le disposizioni posteriori, sussiste di per sè medesimo. Merlin, *op. e luogo cit.*

(4) Di fatti somiglianti legati non sono incompatibili tra loro; e la circostanza che più legati di tale natura sieno stati successivamente fatti ad una medesima persona, in diversi testamenti, non dee di pieno diritto far presumere che il testatore abbia inteso di sostituire a' primi i secondi. Del rimanente, i tribunali potrebbero, per interpetrazione de' diversi testamenti, e giusta le circostanze, ammettere che tale sia stata l'intenzione del testatore, senza che la loro decisione su tale quistione, la quale è di fatto piuttosto che di dritto, cadesse sotto la censura della Corte di cassazione. Vedi nel senso della proposizione emessa nel testo: L. 12, D. *de Probat*, (22, 3), Merlin, *Rep. v.* Legato, sez. IV, § 3, n. 22; Grenoble, 15 giugno 1810, Sir., XI, 2, 20; Grenoble, 22 giugno 1807, Sir., XXVIII, 2, 188; Bordeaux, 26

chiudere che un legato universale, fatto con un testamento posteriore, non rivoca, in generale, i legati a titolo universale, contenuti in un testamento anteriore (1).

gennaio 1842, Dalloz, XLII, 2, 93. Confr. Grenoble, 18 maggio 1831, Dalloz. XXXII, 2, 124, Ric. rig., 8 luglio 1835, Dalloz, XXXVIII, 1, 74.

(1) Non vi ha incompatibilità tra legati precedenti, o a titolo universale, o, a maggior ragione, a titolo particolare, ed un legato universale fatto in un testamento posteriore. Ed in vero, la legge istessa suppone la possibilità del concorso di uno o più legatari a titolo universale con un legatario universale, e se il testatore, dopo di avere già disposto, per via di legati a titolo universale, di una parte aliquota, come, a cagion d'esempio, della metà della sua successione, abbia in un secondo testamento istituito un legatario universale, in luogo di limitarsi a legare ancora a titolo universale l'altra metà della sua successione, si può supporre che egli abbia agito in tal guisa, non già coll'intenzione di rivocare i legati a titolo universale contenuti nel primo testamento, ma bensì onde assicurare al legatario universale, istituito nel secondo, il beneficio eventuale del diritto di accrescere in rapporto a quelli tra i legati a titolo universale che divenissero caduchi: beneficio, il quale senza di ciò, sarebbe appartenuto agli eredi legittimi. In vano si obietta, che il legato universale abbracciando tutti e ciascuno dei beni corporali o incorporali del testatore, versi esattamente sulle medesime cose sulle quali versano i legati particolari o a titolo universale fatti in testamenti anteriori, e ne producea perciò appunto la rivocazione. Questa maniera di vedere non ci sembra esatta, soprattutto per quanto concerne i legati particolari. Ed in vero, il legato universale ha per oggetto, non già i beni del testatore riguardati individualmente ed in sè medesimi, ma bensì il suo patrimonio, vale a dire, una universalità di beni distinta dalle cose particolari di che essa si componga. Non puossi dunque dire, che il legato universale versi sulle stesse cose che i legati particolari anteriori. D'altronde, siccome il legato universale importa, per la sua natura medesima, la obbligazione di soddisfare i legati particolari o a titolo universale, così devesi presumere che il testatore, istituendo in un secondo testamento un legatario universale, abbia inteso di gravarlo della soddisfazione dei legati particolari o a titolo universale contenuti nel primo testamento, piuttosto che ammettere che egli abbia, coll'istituzione di un legatario universale, voluto rivocare questi ultimi legati. Aggiungeremo, che l'opinione emessa nel testo ci sembrerebbe incontrastabile nel caso in cui il testatore, dopo di avere in un primo testamento fatti simultaneamente legati particolari, legati a titolo universale, ed un legato universale, avesse poi in un secondo testamento istituito un altro legatario universale, senza parlare de' legati particolari o a titolo universale contenuti nel primo. Del resto, siccome la quistione di cui qui trattiamo, sta, al pari di quella che abbiamo esaminato nella nota precedente, piuttosto nel fatto che nel diritto, i tribunali potrebbero, per interpretazione della volontà del testatore, e ravvicinando i diversi testamenti, dichiarare, che egli, istituendo in ultimo luogo un legatario universale, abbia inteso di rivocare tutti i legati che avea fatti anteriormente. Merlin, *Rep.*, v. Rivocazione di legato, § 2, n. 2. Grenier, 1, 343. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni

Ma bisognerebbe, in generale, riguardare un legato universale, o il legato particolare di una cosa determinata nella sua individualità, come tacitamente rivocato da un testamento posteriore in cui il testatore avesse istituito uno o più altri legatarii universali, ovvero avesse legata la stessa cosa ad una persona diversa, benchè non avesse altrimenti manifestata l'intenzione di rivocare i legati primitivi, e non ne avesse neppur fatta menzione nel suo novello testamento (1). Nulladimeno, se i legati contenuti nel se-

tra vivi e testamentarie, VI, 156, n. 8 e 9. Nimes, 7 febbraio 1809, Sir., IX, 2, 255. Grenoble, 22 giugno 1827, Sir., XXXVIII, 2, 188. Parigi, 18 luglio 1831, Dalloz, XXXI, 2, 186. Confr. Ric. rig., 22 giugno 1831, Dalloz, XXXI, 1, 220. Civ. rig., 30 marzo 1841, Sir, XLI, 1. 466. Vedi in senso contrario: Duranton, IX, 447.

(1) Duranton, IX, 443. Toullier (V. 643 e 646), Merlin (*Rep.*, voc. Rivocazione di legato, § 2, num. 2) e Dalloz (*op. e v. cit.*, n. 7), insegnano il contrario, fondandosi sulle leggi 33, *pr.*, e 34, § 10, D. *de Leg.* 1, (30), e sul § 1, *Inst. de Adempt. et trasl. leg.* (2, 21). Ma la prima di queste leggi statuendo sul caso in cui, in un medesimo testamento, una sola e medesima cosa sia stata separatamente legata a più persone, è estranea alla quistione che ci tiene occupati. La stessa riflessione va applicata, sino ad un certo punto, alla seconda delle cennate leggi la quale è relativa ad un caso di sostituzione pupillare; perchè in somigliante materia, il testamento del padre, e quello che egli abbia fatto pel figlio, non possono essere considerati come due testamenti distinti, fatti successivamente dalla stessa persona. Quanto al passaggio delle Istituzioni che s'invoca, da esso risulta, a dire il vero, per argomento *a contrario*, che il legato di una cosa determinata, contenuto in un testamento, non è rivocato dal legato della stessa cosa fatto ad un'altra persona in un codicillo susseguente, che non menzioni la prima disposizione. Ma, se così era per diritto romano, ciò dipendeva dacchè i codicilli, fatti, o prima o dopo di un testamento, erano reputati identificarsi con questo testamento, ed era cosa naturale lo ammettere la possibilità di una congiunzione *re tantum* tra due legatarii, ai quali una sola e medesima cosa fosse stata separatamente legata in un testamento ed in un codicillo posteriore, e per conseguenza il supporre nel testatore piuttosto la intenzione di stabilire tra essi una somigliante congiunzione che non l'intenzione di rivocare interamente il primo legato col secondo. Or siccome questa maniera di vedere è incompatibile con la disposizione dell'artic. 1000, secondo il quale può esservi congiunzione solamente tra legatarii istituiti con un solo e medesimo atto, forza è ammettere, nell'ipotesi indicata nel testo, la rivocazione tacita dei legati contenuti nel primo testamento. Nel sistema contrario, giungerebbesi a dire, che i legati contenuti nel secondo testamento non possono in alcun caso avere effetto, se non per la metà, sia della eredità, sia della cosa particolare che ne formava l'oggetto, in guisa che, in caso di caducità dei legati fatti col primo testamento, la metà di questa eredità o di questa cosa particolare si apparterrebbe agli eredi legittimi, e questa conseguenza è inammessibile, perchè essa tenderebbe evidentemente a disnaturare, in vantaggio di questi ultimi, le intenzioni del testatore.

condo testamento non fossero stati fatti che sotto una condizione sospensiva o risolutiva, la rivocazione dei legati anteriori sarebbe ancor essa subordinata a questa condizione (1). Deesi, da un altro canto, riguardare come tacitamente rivocato qualunque legato puro e semplice a cui il testatore abbia, in un testamento posteriore, apposta una condizione sospensiva o risolutiva (2).

La rivocazione tacita de' legati contenuti in un primo testamento sussiste, anche quando le novelle disposizioni testamentarie, dalle quali essa sia risultata, rimangano senza effetto, sia a causa del rifiuto dei legatarii di accettarle, sia per ragione della loro incapacità o della loro premorienza al testatore (3). Art. 992, ed arg. da questo articolo.

L'istituzione contrattuale rivoca tutte le disposizioni testamentarie anteriori, quale che sia la natura di esse, in quanto tali disposizioni tendessero a restringere lo effetto di questa istituzione (4). Ma l'adozione conferita dal testatore non opera nè la rivocazione dei legati particolari, nè pure quella dei legati universali o a titolo universale che egli avesse fatti anteriormente (5).

Ogni alienazione consentita dal testatore, a qualunque titolo e sotto qualunque siasi forma (6), di una cosa determinata nella sua invalidità, importa in generale (7), la rivocazione del legato di cui essa cosa era l'oggetto. Siffatto legato resta rivocato, anche quando l'alienazione essendosi trova-

(1) L. 7, D. *de Adim. vel transf. leg.* 34, 4, Toullier V, 649. Duranton, IX, 451.

(2) L. 9, D. *de Adim. vel transf. leg.* 34, 4. Duranton, IX, 452.

(3) Bordeaux, 19 marzo 1833, Sir., XXXIII, 2, 414. Ric. rig., 13 maggio 1834, Sir., XXXIV, 1, 321. Altrimenti sarebbe, se le nuove disposizioni essendo state fatte sotto condizione, divenissero caduche per mancanza di adempimento della condizione. In somigliante caso, la rivocazione dei legati anteriori dovrebbe considerarsi siccome non avvenuta.

(4) Siccome le disposizioni testamentarie non possono, qualunque ne sia la data, avere effetto, se non in quanto il testatore possegga ancora, nel momento della sua morte, la capacità di disporre, e siccome l'istituente è stato privato di questa capacità riguardo all'istituito mercè l'istituzione contrattuale; ne siegue che le disposizioni testamentarie, tuttochè anteriori a tale istituzione, non possono essere opposte a quest'ultimo. Duranton, IX, 449. Ric. rig., 16 novembre 1813, Sir., XVI, 1, 99.

(5) Montpellier, 20 aprile 1842, Sir., XLII, 2, 347.

(6) Confr. Civ. rig., 3 agosto 1841, Dalloz, XLI, 1. 334.

(7) Diciamo: *in generale*; perciocchè l'alienazione della cosa legata fa presumere nel testatore l'intenzione di rivocare il legato; questa presunzione dovrebbe cadere dinanzi alla manifestazione di una volontà contraria, almeno quand'essa fosse contenuta nello stesso atto di alienazione; ed il legato dovrebbe per conseguente avere la sua esecuzione, se per una causa qualunque la cosa alienata ritornasse nelle mani del testatore. Ric. rig., 9 marzo 1836, Dalloz, XXXVIII, 1, 64.

la nulla (1). o non avendo avuto luogo che sotto una condizione risolutiva (2) la quale fossesi verificata, la cosa sia rientrata nelle mani del testatore. Art. 993. La circostanza che quest'ultimo avesse di nuovo acquistata, ad un titolo qualunque, la cosa legata, non farebbe rivivere il legato.

L'alienazione parziale di una cosa legata rivoca il legato, tranne per la porzione alienata. Quanto a' pesi di cui il testatore gravasse la cosa legata, essi restringerebbero, a vero dire, l'utilità del legato, ma non lo rivocherebbero neppure parzialmente (3).

La vendita forzata di una cosa legata, a cui siasi proceduto contro il testatore per mezzo di pignoramento mobiliare o immobiliare, non importa dal canto suo rivocazione tacita del legato. Se dunque egli di bel nuovo fosse divenuto, a qualunque siasi titolo, proprietario di questa cosa, il legato dovrebbe avere la sua esecuzione (4). Nel caso contrario,

(1) L'art. 990 non distinguendo tra le alienazioni infette di nullità intrinseche, e le alienazioni che fossero nulle per vizii di forma, deesene conchiudere che una donazione tra vivi, benchè fatta con iscrittura privata, non rivochi meno il legato anteriore della cosa così donata. Potrebbesi per verità obiettare che una somigliante donazione debba, riguardo al donante, essere considerata non solo come nulla, ma come non fatta. Arg. art. 1293. Questa obiezione andrebbe confutata mercè la considerazione che la rivocazione non è annessa alla validità, e neppure alla esistenza della alienazione considerata come traslativa di proprietà, ma che è piuttosto la conseguenza dell'intenzione di rivocazione manifestata coll'atto di alienazione. Vedi in senso contrario: Zachariae, *supra*.

(2) La regola che l'art. 993 stabilisce espressamente, per quanto concerne le vendite con facoltà di ricompra, sembra, almeno in generale, dover essere applicata alle alienazioni fatte sotto altre condizioni risolutive. L'alienazione fatta sotto una condizione sospensiva rivoca forse il legato della cosa così alienata, anche quando la condizione verrà a mancare? Siccome la legge non si è formalmente spiegata intorno a questo punto, così la quistione sembra essere abbandonata all'arbitrio del giudice. Confr. Duranton, IX, 459; Toullier, V, 653.

(3) Arg. art. 974. Toullier, V, 652.

(4) La disposizione dell'art. 993 è fondata sul riflesso, che il testatore, il quale alieni una cosa che egli aveva precedentemente legata, manifesta in un modo non equivoco la volontà di rivocare il legato. Or questa intenzione *(animus adimendi legatum)* non potrebbe presumersi in un debitore perseguitato con la spropriazione forzata, il quale, ridotto in uno stato puramente passivo, non manifesta in realtà alcuna volontà. Sostener dunque che la disposizione dell'art. 993 si applichi ancora alla spropriazione forzata, è un disconoscere lo spirito di quest'articolo, ed un supporre che l'alienazione della cosa legata importi per sè medesima, ed indipendentemente dalla intenzione del testatore, rivocazione del legato mentrechè essa non produce tale effetto, se non in quanto manifesti, da parte di quest'ultimo, un cangiamento di volontà relativamente alle sue disposizioni testamentarie. In vano si trae ragione, in appoggio di questa opinione, dalle parole: *ogni alienazione*, le

il legato rimarrebbe senza effetto come quello che verserebbe sulla cosa altrui, senza che il legatario potesse pretendere il valore della cosa legata (1).

La donazione tra vivi di un oggetto legato, fatta dal testatore al legatario medesimo, e che, per una causa qualunque, non produca il suo effetto, non trae seco la rivocazione del legato, se non in quanto essa abbia avuto luogo sotto pesi o condizioni che non erano apposti al legato (2).

L'alienazione fatta dal testatore di una porzione più o meno considerevole dei suoi beni, ed anche la donazione tra vivi di tutti i suoi beni presenti, non rivocano in alcun modo i legati particolari di cose determinate in quanto alla loro spezie solamente. Esse non rivocano neppure i legati universali o a titolo universale (3). Se il testatore divenisse di bel nuovo, per qualunque siasi titolo, proprietario di tutte o di parte delle cose così alienate, tali cose si apparterrebbero ai legatarii universali o a titolo universale, come se non fossero giammai uscite dalle sue mani.

2) La cessazione dell'unico motivo, che aveva indotto il testatore a fare un legato, ne fa presumere la rivocazione, almeno quando per fatto del testatore questo motivo abbia cessato d'esistere. Così, per esempio deesi riguardare come tacitamente ri-

quali si trovano nell'art. 993; perchè la generalità di queste parole vien ristretta dalle espressioni: *che farà il testatore:* espressioni, le quali indicano chiaramente, il legislatore non aver avute innanzi agli occhi che le alienazioni volontarie. Confr. la nota seguente. Vedi nondimeno in senso contrario: Toullier, V, 650; Duranton, IX, 458 e 459; Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, n. 18.

(1) Art. 975. Grenier, I. 323. Non deesi, come sembra l'abbiano fatto Duranton e Dalloz *luoghi cit.*, confondere la quistione di sapersi, se la spropriazione forzata importi rivocazione del legato, colla quistione di sapersi se, sotto l'impero del Codice civile, il legatario abbia diritto al valore della cosa legata, allorchè questa cosa non sia rientrata nelle mani del testatore, e questi non abbia d'altronde manifestata la intenzione di rivocare il legato.

(2) Merlin, *Rep.*, v. Rivocazione di legato. § 2, n. 4. Grenier, I, 345 *bis*. Dalloz, *op. e v. cit.*, n. 25. Civ. cass., 6 giugno 1814, Sir., 14, 1, 215. Civ. cass., 25 aprile 1825, Sir., XXV, 1, 375. Lione, 7 febbraio 1827, Sir., XXVII, 2, 146.

(3) Di fatti, i legati universali o a titolo universale avendo per oggetto, non già cose determinate ed attualmente esistenti, ma bensì il complesso de' beni che il testatore lascerà nel tempo della sua morte, in quanto essi si considerino come formanti una universalità giuridica, l'alienazione fatta dal testatore, ancorchè di tutti i suoi beni presenti, non versa punto so di ciò che forma l'oggetto di somiglianti legati, e non può per conseguenza operarne la rivocazione. Merlin, *Rep.*, v. Rivocazione di codicillo, § 3. Dalloz, *op. e v. cit.*, n. 22. Toullier, V, 650. Vazeille sull'art. 993, n. 6. Civ. cass., 17 maggio 1824, Sir., XXIV, 1, 314. Ric. rig., 15 febbraio 1827, Sir., XXVII, 1, 334. Ric. rig., 15 novembre 1831, Sir., XLII, 1, 179.

vocato il legato fatto ad un esecutore testamentario in questa qualità, allorchè con un testamento susseguente il testatore abbia in sua vece nominato un altro esecutore testamentario. Così ancora, il legato a titolo di precapienza, fatto dal testatore a favore di uno dei suoi eredi, col solo fine di stabilire una perfetta uguaglianza tra lui e il suo coerede, il quale aveva ugualmente ricevuto un simigliante legato, deve essere considerato come rivocato, allorchè il testatore abbia ritrattata quest'ultima disposizione, per esempio, alienando la cosa che ne formava l'oggetto (1).

3) La distruzione, la lacerazione o la cancellazione di un testamento olografo, fatta dal testatore medesimo, ne importa la rivocazione, allorchè non ne esisteva che un solo originale (2). Nel caso contrario, non deesi, in generale (3), presumere che il testatore abbia voluto rivocare le sue disposizioni, se non quando egli abbia distrutti, lacerati o cancellati tutti gli originali del suo testamento (4).

Se il testatore non avesse cassata o rasa che qualcuna delle sue disposizioni, lasciando intatte la data e la firma, le disposizioni cancellate sarebbero le sole rivocate, e il testamento varrebbe pel dippiù (5).

Le alterazioni che un testamento olografo possa aver sofferte per un semplice accidente o pel fatto d'un terzo, anche in parti essenzialmente costitutive, non recano onta veruna alla validità di tale atto (6).

Quando un testamento lacerato (7) o cancellato siasi trovato tra le carte del testatore, la cancellazione o la lacerazione deesi presumere, fino alla pruova del contrario, essere stata fatta da quest'ultimo. Sarebbe altrimenti.

(1) LL. 25 e 30, § 2, D. *de Adim. leg.* 34, 4. Merlin, *Rep.*, v. Rivocazione di legato, § 2, n. 6. Duranton, IX, 455. Toullier, V, 654. *Quid* del legato fatto dal testatore alla persona che sarà a' suoi servigi nel momento della sua morte, se, essendo stato il testatore giudiziariamente interdetto, il suo tutore abbia sostituito un altro servidore a quello che il testatore aveva sin allora avuto? Il parlamento di Parigi giudicò, con un arresto riportato da Merlin (*op. e luogo cit.*), che anche in questo caso il legato dovesse essere considerato come rivocato per traslazione.

(2) Merlin, *Rep.*, v. Rivocazione di testamento, § 4, n. 1 e 3. Toullier, V, 657. Grenier, I, 347. Duranton, IX, 466. Civ. rig., 12 gennaio 1833. Sir., XXXIII, 1, 91 Ric. rig., 21 febbraio 1837, Dalloz, XXXVII, 1, 203.

(3) Dovrebbesi ammettere la rivocazione, se fosse provato che uno degli originali non abbia continuato a sussistere, salvochè per la frode del terzo che ne era depositario. Caen, 4 giugno 1841, Sir., LI, 2, 516.

(4) Merlin, *op. e v. cit.*, § 4, n. 1. Duranton, IX, 468. Civ. cass., 5 maggio 1824, Sir., XXIV, 1, 185.

(5) Merlin, *op. e v. cit.*, § 4. n. 3. Duranton, IX, 647.

(6) Merlin, *op. e v. cit.*, § 4, n. 1. Duranton, IX, 471.

(7) Vedi su di un caso di lacerazione parziale di un testamento olografo: Nancy, 11 giugno 1842. Dalloz, XLII, 2, 228.

in generale, se il testamento si fusse trovato presso di un terzo, eccetto se il testatore l'avesse consegnato suggellato a questo terzo, ed il suggello fosse rimasto intatto (1).

Le regole testè esposte si applicherebbero ugualmente al caso in cui il testatore, il quale, per una circostanza qualunque, si fosse trovato in possessu del suo testamento mistico, e della minuta del suo testamento pubblico, lo avesse annientato, lacerato o cancellato (2). La semplice rottura dell'involto o del suggello di un testamento mistico ne importerebbe altresì la rivocazione, eccetto se l'atto contenente le disposizioni di ultima volontà riunisse in sè tutte le formalità richieste pe' testamenti olografi (3).

Del resto, la lacerazione o la cancellazione d'una semplice copia legale di un testamento per atto pubblico non importerebbe rivocazione di questo testamento (4).

La quistione di sapersi, a chi giovi la rivocazione espressa o tacita delle disposizioni testamentarie, va decisa secondo le regole che reggono l'effetto della caducità de' legati (5). Ci limiteremo dunque a rinviare, intorno a questo oggetto, al paragrafo seguente.

649 2. Della caducità de' legati.

Ogni legato diviene caduco:

1. Se l'acquisto a vantaggio del legatario ne sia impossibile. Il che ha luogo ne' casi seguenti:

1) Quando il legatario muoia prima del testatore, ovvero, se trattisi di un legato la cui esistenza si truvi subordinata ad una condizione sospensiva o ad un termine incerto, quando egli muoia prima dell'avveramento della con-

(1) Merlin, *op. e v. cit.*, § 4, n. 3. Toullier, V, 633. Confr. Ric. rig., 21 febbraio 1837, Dalloz, XXXVII, 1, 203.

(Benchè non siavi altro atto di rivocazione, un testamento lacerato quasi interamente deve essere considerato come annientato principalmente allorchè tutte le circostanze della causa concorrano ad assicurare che la lacerazione sia stata l'opera del testatore. — In tal caso, trattasi meno di statuire sulla validità della rivocazione del testamento, che sulla sua esistenza.—L'estimazione dei fatti che possano servire a determinare se vi abbia testamento, è abbandonata ai lumi del giudice; e niuna legge è di ostacolo che egli, in questo caso, consulti le circostanze della causa, onde formare la sua convinzione sui vizii dell'atto. Liegi, 26 gennaio 1838, *Giur. di B.*, 1838).

(2) Merlin, *op. e v. cit.*, § 4, n. 3. Toullier, V, 659. Dall'essere vietato al depositario della minuta di un testamento pubblico lo spossessarsene, anche a domanda del testatore, non si dee concludere, che se egli lo abbia fatto, o il testatore siasi per via di fatto impadronito del testamento, la lacerazione o la cancellazione che questi ne abbia operata non importi rivocazione.

(3) Merlin, *op. e v. cit.*, § 4, n. 1. Toullier, V, 664. Duranton, IX, 470.

(4) Toullier, V, 658. Duranton, IX, 469.

(5) Duranton, IX, 495.

dizione o della scadenza del termine. Art. 994, 995 e 996 (1). Nondimeno, se un legato fosse stato fatto ad una persona ed ai suoi eredi, la morte di questa persona prima dell'una o dell'altra delle epoche indicate di sopra non trarrebbe seco la caducità del legato, il quale sussisterebbe a vantaggio de' suoi eredi (2). La morte del legatario prima delle stesse epoche non trascinerebbe neppure la caducità del legato, se questo fosse stato fatto al titolo o alla qualità di cui il legatario era rivestito piuttosto che alla sua persona (3). Del rimanente, i legati che sieno contenuti in un testamento, nel quale il testatore avesse nominato un esecutore testamentario, non ricevono alcun pregiudizio per la premorienza di quest'ultimo (4).

2) Quando il legatario si trovi, nel momento dell'apertura del legato, incapace di raccoglierlo. Artic. 998.

3) Quando la condizione sospensiva alla quale sia subordinata l'esistenza del legato, venga a mancare (5).

4) In fine, quando la cosa determinata nella sua individualità, la quale formava l'oggetto di un legato, perisca nella totalità prima della morte del testatore, ovvero, se trattisi d'un legato condizionale, prima dell'avveramento della condizione (6). Art. 997, comma 1. La perdita totale della

(1) Vedi la spiegazione particolarizzata di questi articoli: § 640.

(2) Se i legati sono, giusta la loro medesima natura, reputati fatti in favore dei soli legatarii, e se per conseguente la premorienza di costoro li rende, in generale, caduchi, avviene altrimenti allorchè il testatore abbia egli stesso dichiarato, dovere un dato legato giovare non solamente al legatario, ma ancora ai suoi eredi. Grenier, I, 348. Toullier, V, 672.

(3) Pothier, *delle Donazioni testamentarie*, cap. VI, sez. III, § 1. Grenier e Toullier, *luoghi cit.*

(4) Tolosa, 10 luglio 1827, Sir., XXVIII, 2, 166.

(5) Così, per esempio, il legato fatto sotto la condizione che il legatario si mariterà, diviene caduco, se questi muoia senza essersi maritato. Ric. rig., 20 dicembre 1831, Dalloz, XXXII, 1, 13. Vedi sugli effetti della inesecuzione dei pesi o delle condizioni imposte al legatario: § 650.

(6) A torto i compilatori del Codice civile (art. 997, comma 2, e gli autori, a loro esempio, hanno considerata la perdita dell'oggetto legato, avvenuta anche dopo la morte del testatore o dopo l'avveramento della condizione, come una causa di caducità del legato. Se questo modo di vedere fosse esatto, sarebbe d'uopo concluderne, che, nell'ipotesi di cui si tratta, il legatario non fosse ammesso a reclamare gli accessorii della cosa legata che potessero ancora esistere. Confr. la nota seguente. E nondimeno questa illazione sarebbe affatto inammessibile. La verità si è, che quando l'oggetto legato esista nel momento dell'apertura del legato, il legatario ne acquista di pieno diritto la proprietà, e che il legato ha, fin da tale momento, sortito tutto il suo effetto. Che se la perdita posteriore di quest'oggetto, avvenuta senza colpa dell'erede, e senza che questi sia stato costituito in mora di rilasciarlo, priva il legatario di ogni azione contro

cosa principale rende il legato caduco, per quanto concerne gli accessorii tuttavia esistenti nel momento dell'apertura dul legato (1). Che se la perdita della cosa principale fosse soltanto parziale, il legato sussisterebbe per ciò che rimanesse della cosa legata, e per gli accessorii (2). Dovrebbesi assimilare al caso di perdita della cosa legata quello di un compiuto cangiamento di forma che essa avesse subito (3).

Le regole che abbiamo ora sviluppate si applicano, per analogia, all'estinzione totale o parziale, per una causa qualunque, di un credito contro di un terzo, che formava l'oggetto di un legato (4).

Ogni legato diviene caduco:

2. Allorchè il legatario lo ripudii. Art. 998.

Le regole sulla capacità necessaria per rinunziare ad una successione si applicano ugualmente alla ripudiazione de' legati.

La ripudiazione di un legato si fa o espressamente, o tacitamente (5). Nondimeno, allorchè trattisi di un legato universale o a titolo universale, la ripudiazione, per essere efficace riguardo a' creditori ereditarii, dev'esser fatta nella forma prescritta per le rinunzie alle successioni. Art. 701; articolo 1073 LL. di Proc. civ., ed arg. da questi articoli.

La ripudiazione di un legato qualunque, la quale non fosse stata fatta in tal forma, non ligherebbe il rinunziante, se non in quanto fosse stata accettata da coloro a cui debba giovare.

La ripudiazione di un legato non è, in generale, suscettiva di

l'erede, ciò non è altro che una conseguenza della massima: *Debitor rei certae, rei interitu liberatur.* Quindi, il secondo comma dell'articolo 997 non è che la ripetizione dell'articolo 1256.

(1) § 17, *Inst. de Leg.* 2, 20. Pothier, *op. cit.*, cap. VI, sez. IV, art. 1, § 3. Duranton, IX, 494. Se la cosa legata fosse perita soltanto dopo la apertura del legato, il legatario sarebbe nel diritto di reclamare il rilascio degli accessorii che esistessero ancora. Duranton, *luogo cit.*

(2) Così, allorchè una casa legata sia incendiata, il legato rimane efficace in quanto al suolo. L. 22, D. *de Leg.* 1, 30. Pothier, *op. e luogo cit.* Duranton, IX, 494. Altrimenti sarebbe se non si trattasse che d'un legato di usufrutto. Arg. artic. 549. L. 5, § 2, D. *Quib. med. usuf. amit.* 7, 4. Duranton, *luogo cit.*

(3) L. 44, §§ 2 e 3, D. *de Leg.* 1, 30. L. 49, § 3. L. 88, *pr.* §§ 1 e 3, D. *de Leg.* 2, 32. Pothier, *op. cit.*, cap. VI, sez. IV, art. 1. Duranton, IX, 493.

(4) Confr. sul legato delle pigioni dovute al testatore: Ric. rig., 12 dicembre 1831, Dalloz, XXXIII, 1, 39. Il legato di una rendita sullo Stato, con designazione del numero sotto il quale essa trovisi iscritta nel *gran libro*, dee forse necessariamente e sempre essere considerato come legato di un credito (*legatum nominis*), in guisa che esso sia nullo o caduco, se la rendita non s' appartenga più al testatore nel momento della sua morte? Confr. Tolosa, 19 luglio 1837, Dalloz, XXXVIII, 2, 13.

(5) Vedi sopra alcuni casi di ripudiazione tacita: L. 120, § 1, D. *de Leg.* 1; 30; L. 88, § 14, e L. 34, § 2, D. *de Leg.* 2, 31; Pothier, *op. cit.*, cap. VI, sez. III, § 3.

essere ritrattata se non per causa di dolo, di violenza, di errore, o d'incapacità (1). Non pertanto, nell'ipotesi preveduta dall'artic. 932, il legatario universale, che abbia rinunziato alla successione, può accettarla ancora, insino a che la prescrizione del dritto di accettare non siasi acquistata contro di lui, ed altre persone non abbiano accettata la successione. Arg. art. 707.

I creditori di un legatario, il quale abbia ripudiato il suo legato in pregiudizio de' loro dritti, possono dimandare la ritrattazione della sua ripudiazione, e farsi autorizzare ad accettare il legato in sua vece. Arg. articolo 705 e 1120.

La nullità o la caducità di una disposizione, sia universale o a titolo universale, sia particolare, non trae seco, in generale, la caducità de' legati messi a carico di colui a vantaggio del quale tale disposizione era fatta (2). Sarebbe nondimeno altrimenti, se risultasse chiaramente dal testamento, avere il testatore voluto gravare di un legato, non la sua successione, ma unicamente il legatario da lui personalmente gravato di soddisfarlo. Da un'altra parte, il legato in sotto-ordine, messo a carico del legatario di una cosa determinata nella sua individualità, diviene caduco, allorchè siffatta cosa venga a perire prima che questi abbia accettata la disposizione fatta a suo vantaggio (3). I legati in sotto-ordine, i quali sussistano non ostante la nullità e la caducità delle disposizioni principali a cui erano annessi, debbono essere soddisfatti da coloro che raccolgano, e non importa a qual titolo, i beni compresi in tali disposizioni (4).

(1) L. 1, § 3, D. *Si tab. test. nullae exstab.* 36, 6; L. 4, *pr.* D. *Quis ordo in poss. serv.* 38, 15; L. 4, C. *de Rep. hered.*, VI, 31; Thiebaut, § 834, Wenning-Ingenheim, lib. V, § 261; Parigi, 30 nevoso anno XI, Sir., VII, 2, 1174.

(2) Per diritto romano, la nullità o la caducità dell'istituzione d'erede traeva seco, in generale, la caducità dei legati. Così doveva essere sotto una legislazione che esigeva l'istituzione di erede come base e come condizione essenziale di ogni testamento. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 597 e 598. Duranton, IX, 457.

(3) In somigliante caso, il legatario in sotto-ordine non ha azione contro il legatario principale, il quale non poteva rimaner ligato che mediante l'accettazione del suo legato. Ei non ha neppure azione contro gli eredi o successori universali del defunto; perciocchè il suo legato formava solamente una delibazione del legato principale che erane gravato; e volere costringere questi eredi o successori a soddisfarlo, allorchè essi non raccolgono la cosa sulla quale doveva essere soddisfatto, sarebbe evidentemente un oltrepassare l'intenzione del testatore, ed un imporre loro un peso di che questi non ha inteso di gravare la sua eredità tutta intera.

(4) Così, lo Stato medesimo raccogliendo la successione per effetto della nullità o della caducità delle disposizioni universali fatte dal defunto, dee soddisfare i legati particolari messi a carico di coloro in favore dei quali queste disposizioni erano state fatte. Duranton, IX, 457.

La caducità di un legato proveniente da una causa qualunque, diversa dalla perdita della cosa legata, giova, in generale, a colui o a coloro che, sarebbero stati tenuti al pagamento del legato (1), o in pregiudizio de' quali esso avrebbe ricevuto la sua esecuzione (2). Così, per esempio, il legatario universale profitta, ad esclusione degli eredi *ab intestato*, ancorchè questi fossero riservatarii, della caducità de' legati particolari o de' legati a titolo universale che egli sarebbe stato tenuto a soddisfare (3). Così ancora, i legatarii a titolo universale o particolare profittano, ad esclusione degli eredi *ab intestato* o de' legatarii universali, dei legati il cui adempimento era a loro carico. Per la stessa ragione, il legatario della nuda proprietà profitta della caducità del legato di usufrutto delle cose comprese nella disposizione fatta in suo favore.

La regola testè stabilita riceve eccezione ne' casi seguenti:

1) Allorchè il testatore abbia fatta una sostituzione volgare, vale a dire, allorchè abbia chiamato un terzo a raccogliere un legato pel caso in cui il legatario istituito in primo luogo non potesse o non volesse raccoglierlo. Articolo 898 (936). In simile circostanza, la caducità del legato in persona del legatario di primo ordine giova al sostituito, ad esclusione di ogni altro. Sarebbe lo stesso anche nel caso in cui, essendo stato fatto un legato congiuntamente a più persone, un

(1) Vedi, sulle persone che sono tenute al pagamento dei legati: §§ 639 e 646.

(2) Delvincourt, II, 337. Toullier, V, 677 e seg. Duranton, IX, 495. Grenier, I, 349. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 592 e seg. Favard, *Rep.*, v. Testamento, sez. III, § 2, n. 10. Poitiers, 2 giugno 1824. Sir., XXV, 2, 39. Civ. cass., 22 luglio 1835, Sir., XXXV, 1, 641. La regola stabilita nel testo sarebbe ugualmente adattabile al caso in cui il testatore, avendosi riservato la facoltà di gravare un legatario del pagamento di una determinata somma, o di disporre ancora ulteriormente di qualcuna delle cose comprese in un legato, fosse morto senza aver fatto uso di tale facoltà. La disposizione dell'art. 870 è estranea a' legati. Merlin, *Rep.*, v. Accrescimento, n. 11.

(3) Rec. rig., 11 aprile 1838, Sir., XXXVIII, 1, 318. Lo stesso sarebbe anche nel caso in cui il testatore, dopo di aver fatti diversi legati particolari, avesse legato ad una o più persone il dippiù dei suoi beni. Di fatti, una simigliante disposizione costituirebbe un legato universale, e non si può inferire da queste parole: *il dippiù dei beni*, che l'intenzione del testatore sia stata quella di ritagliare, in tutti i casi, dal legato universale l'ammontare dei legati particolari. Per queste parole deesi intendere ciò che resterà dopo la soddisfazione dei legati particolari. Adoperando siffatte espressioni, il testatore suppone che i legati particolari avrebbero il loro effetto; ed unicamente in questa supposizione egli risega dal legato universale le cose sulle quali essi versino. Pothier, *Introduzione alla consuetudine di Orléans*, tit. XVI, n. 142. Merlin, *Rep.*, v. Legatario, § 2, n. 18, 2.

terzo fosse stato sostituito ad uno de' collegatarii (1), di maniera che, se la parte di quest'ultimo divenisse caduca, essa resterebbe devoluta al sostituito, ad esclusione degli altri collegatarii;

2) Allorchè il testatore abbia fatta una sostituzione fedecommessaria, vale a dire, allorchè abbia gravato il legatario, o i legatarii di primo ordine, di conservare e di restituire i beni legati a legatarii di secondo ordine. In questa ipotesi, la caducità del legato in persona del legatario o di uno de' legatarii di primo ordine, giova a coloro ai quali egli era gravato di restituire i beni legati, ancorchè egli fosse istituito congiuntamente con gli altri legatarii di primo ordine (2);

3) Allorchè un legato sia fatto a più persone congiuntamente. In tal caso la porzione di uno dei legatarii divenuta caduca per effetto della sua premorienza, della sua incapacità, o del suo rifiuto di raccoglierla, trovasi, in generale, e salvi gli effetti di sostituzioni volgari o fedecommessarie, devoluta agli altri per dritto di accrescere.

Un legato si reputa fatto congiuntamente, quando la stessa cosa (3) sia stata legata a più persone con una sola e medesima disposizione (4), ed il testatore non abbia assegnata la porzione di ciascuno de' collegatarii nella cosa legata (5). Art. 999 comma 2.

(1) Diciamo: *ad uno de' collegatarii*; perciocchè, se il terzo fosse stato sostituito a tutti i collegatarii, simultaneamente, la parte di uno dei legatarii, divenuta caduca, resterebbe devoluta agli altri, e non al sostituito. Così, allorchè il testatore abbia detto: *Io lego la mia casa a Pietro ed a Paolo, e nel caso in cui Pietro non potesse o non volesse raccorre il legato, gli sostituisco Giacomo*, la caducità del legato in persona di Pietro gioverebbe a Paolo. L. 44, D. *de Vulg. et pup. subst.* 28, 6. Delvincourt, II, 339. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 566.

(2) Parigi, 11 marzo 1836, Dalloz, XXXVI, 2, 82.

(3) L'identità dell'oggetto legato a più persone è quella che forma la condizione *sine qua non* di ogni vera congiunzione, e la base del diritto di accrescere.

(4) Questa specie di congiunzione è appellata nel dritto romano: *coniunctio re et verbis*; perchè essa risulta ad un tempo stesso e dalla identità della cosa che i legatarii sono tutti simultaneamente chiamati con una sola e medesima frase del testamento.

(5) La clausola seguente: « Istituisco per miei eredi, cioè, la mia sorella Anna Maria P***, il mio zio paterno Giorgio N***, ed i figliuoli del mio fratello Pietro P***, congiuntamente per due terzi », devesi interpretare nel senso, che questi ultimi, chiamati in un modo collettivo, non raccolgono per tutto fuorchè una sola parte. — La testatrice non ha, con la espressione *congiuntamente*, della quale si è servita, potuto avere altro scopo che quello di stabilire in termini formali il dritto di accrescere tra gl'istituiti, e non già di chiamarli per teste. — Nella esistenza di una disposizione cotanto chiara, non può essere permesso di ricorrere altronde l'intenzione del testatore. Bruxelles, 16 aprile 1838. *Giur. di B.*, 1838.

Non deesi reputare che il legislatore abbia fatta un'assegnazione di parti, nel senso di cui qui si tratta, se non in quanto la determinazione delle parti si trovi nella disposizione medesima, ovvero, in altri termini, se non in quanto essa versi sull'istituzione de' legatari (1), e non già soltanto sull'esecuzione del legato, o sulla divisione delle cose legate. Se dunque il testatore, legando a più persone con una sola e medesima disposizione sia l'integrità di una o di più cose particolari, sia l'universalità de' suoi beni, indichi con una dichiarazione accessoria la proporzione nella quale i collegatarii dovranno godere de' beni compresi nella disposizione, o farne la divisione, siffatta dichiarazione non impedisce che il legato non sia fatto congiuntamente (2).

(1) Questo è ciò che avrebbe luogo, se il testatore si fosse servito di una formola analoga alle seguenti: *Io lego la mia casa a Pietro ed a Paolo, a ciascuno per metà; io lego tutti i beni, che lascerò, a Pietro, Paolo e Giovanni, a ciascuno per un terzo; io istituisco Pietro, Paolo e Giovanni miei legatarii universali, ciascuno per un terzo, o a porzioni uguali.* Difatti, in somigliante caso, la parte di ciascuno dei collegatarii nei beni legati troverebbesi prefinita *ab initio* ed indipendentemente dalla eventualità di una divisione: la loro istituzione non verserebbe più, in un modo solidale, sull'integrità dei beni, e si troverebbe ristretta alla parte assegnata a ciascuno di essi. Toullier, V, 691. Duranton, IX, 506. Torino, 23 agosto 1808, Sir., IX, 2, 374. Ric. rig., 18 maggio 1825, Sir., XXVI, 1, 10. Ric. rig., 19 gennaio 1830, Sir., XXX, 1, 73. Confr. nondimeno: Ric. rig., 22 febbraio 1811, Sir., XLI, 1, 536.

(2) In somigliante caso, il testatore suppone evidentemente che, per effetto del concorso dei collegatarii, saravvi luogo a divisione; e sol relativamente a questa divisione egli determina la parte spettante a ciascuno di essi. Adunque, l'assegnazione delle parti fatta in tal guisa, non versa già sulla chiamata o sulla istituzione propriamente dei legatarii, ma unicamente sul modo d'esecuzione del legato in caso di concorso reale dei legatarii, e deve per conseguenza essere considerata come non fatta e come priva di oggetto, se in tal caso non si verifichi punto. Così, per esempio, allorchè il testatore abbia in una medesima disposizione istituite più persone sui legatarii universali, ovvero, il che riducesi allo stesso, allorchè egli abbia legata a più persone la universalità dei beni che egli lascerà, con questa condizione: « perchè i miei legatarii godano e dispongano de' miei beni a parti e porzioni uguali », siffatta clausola accessoria e di pura esecuzione non restringe la chiamata universale dei legatarii, e non toglie che il legato sia un legato universale, fatto congiuntamente ai diversi legatarii. Indarno si obbietta, che questo modo d'interpretare la clausola addizionale, di cui parliamo, tenda a privarla di ogni effetto; perciocchè per dritto comune, ed indipendentemente da ogni dichiarazione da canto del testatore, un legato fatto a più persone dividesi tra esse a parti uguali. Rispondiamo che una dichiarazione o una clausola superflua in un atto, e soprattutto in un testamento, non vuol essere interpretata in un senso che disnaturerebbe il carattere dell'atto o della disposizione principale; che

Un legato reputasi ancor fatto congiuntamente, alloraquando una cosa, la quale non sia suscettiva di essere divisa senza deterioramento, sia stata legata in totalità a più persone, quantunque con disposizioni separate dello stesso testamento (1). Art. 1000 (2).

il testatore ha potuto, per ignoranza o per eccesso di precauzione, stimar conveniente di determinare il modo di divisione di un legato, benchè in realtà ogni spiegazione in ordine a ciò fosse stata inutile, e che non havvi per conseguenza veruna certa induzione a trarre dalla clausola con la quale egli lo abbia fatto; e finalmente, che sonovi tali circostanze nelle quali può essere cosa utile, ond'evitare ogni difficoltà, che il testatore si spieghi intorno al modo da dividere un legato, e soprattutto ch' egli dichiari espressamente la sua intenzione di far concorrere tutti i legatarii a porzioni virili o uguali. Merlin, *Rep.*, v. Accrescimento, n. 2. Toullier, V, 691, Duranton, IX, 505 e seg. Civ. cass., 19 ottobre 1808, Sir., IX, 1, 31. Civ. rig., 18 ottobre 1809, Sir., X, 1, 57. Vedi in senso contrario: Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 709 e seg. La soluzione ammessa dagli autori e dalla giureprudenza pel caso in cui, con una clausola addizionale unicamente relativa alla esecuzione del legato, il testatore ne abbia ordinata la divisione a porzioni uguali, dee *a fortiori* essere estesa al caso in cui il testatore abbia assegnate a' diversi collegatarii porzioni ineguali. Difatti, a questa ipotesi non si applica neppure più l'obbiezione che noi abbiamo combattuta. Toullier, V, 692. Parigi, 22 giug. 1833, Dall., XXXIII, 2, 184. Vedi altresì il citato arresto di cassazione del 18 dicembre 1832.

(1) Se la stessa cosa fosse stata legata in totalità a più persone con testamenti differenti, il legato contenuto nell'ultimo testamento importerebbe rivocazione de' legati anteriori.

(3) Questa specie di congiunzione va compresa in quella che è appellata nel diritto romano: *coniunctio re*, ovvero, *re tantum*: perciocchè essa non da altro risulta che dalla identità della cosa cui i collegatarii sono chiamati a raccorre. I collegatarii così congiunti, vengono d'ordinario qualificati *disiuncti*. Il dritto romano ammette una congiunzione reale, che dà apertura al diritto di accrescere, non solamente nell'ipotesi preveduta dall'art. 1000, ma in tutti i casi in cui una sola e medesima cosa, capace o no di essere divisa senza deterioramento, sia stata legata in totalità a più persone, o con disposizioni separate dello stesso atto, od anche con atti distinti. Si è fatto osservare con ragione, che il sistema del diritto romano è ad un tempo stesso e più ragionevole e più conseguente di quello del Codice civile. Di fatti, la circostanza della possibilità o della impossibilità di dividere senza deterioramento le cose legate non è guari rilevante allorchè trattisi di decidere, se il testatore, il quale avesse legato a più persone l'interezza di una medesima cosa, abbia inteso che la caducità del legato nella persona di uno dei legatarii giovasse agli altri collegatarii. Ma, ammettendo che tale circostanza fosse decisiva, è evidente, che i compilatori del Codice civile avrebbero dovuto, per essere conseguenti, soffermarvisi tanto in ordine alla congiunzione *re et verbis*, quanto in ordine alla congiunzione *re tantum*. Si può ancor dire, che la volontà del testatore, di fare che i collegatarii profittassero della caducità del legato sulla testa di uno di essi, apparisca con maggior forza

Il legato fatto congiuntamente, secondo ciò che si è detto, dev'essere reputato tale anche allorchè il testatore abbia sostituito ad uno o a più de' collegatarii congiunti (1).

Le due ipotesi suenunciate sono le sole nelle quali esista una congiunzione che dà luogo *ipso iure* al dritto di accrescere. Così, non vi ha luogo ad accrescimento, nè nel caso in cui il testatore abbia con disposizioni separate del medesimo atto, legata a più persone, sia l'universalità dei suoi beni (2), sia una cosa par-

nel caso in cui egli abbia chiamato ciascuno di essi separatamente a raccorre l'interezza della cosa legata, senza preoccuparsi della possibilità di un concorso fra loro, che nel caso in cui il testatore, avendo istituiti i legatarii con una sola e medesima disposizione, li abbia per questa ragione appunto chiamati a dividere la cosa legata. In questa ultima ipotesi, i collegatarii non possono profittare delle porzioni divenute caduche, salvochè in virtù di un dritto di *accrescere*, mentre nella prima, essi altro non fanno che ritenere queste porzioni per beneficio di *non decrescere*. Se dunque avesse potuto essere utile o necessario di restringere il caso di congiunzione, che dà apertura al dritto di accrescere, le restrizioni avrebbero dovuto versare piuttosto sulla congiunzione *re et verbis*, che non sulla congiunzione *re*. Delvincourt, I, 798. Duranton, IX, 510. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 572 e seg., e 747 e seg. Toullier (V, 688) porta avviso, per contrario, che la limitazione messa dal Codice al diritto di accrescere sia uniforme alla ragione.

(1) Così, per esempio, il legato scritto nei termini seguenti: « Io lego la mia casa a Pietro ed a Paolo, e se uno di essi muoia prima di me, la sua porzione passerà ai suoi figliuoli per rappresentazione », è reputato fatto congiuntamente tanto fra Pietro e Paolo, quanto fra' loro figli. Per verità la caducità del legato nella persona di uno dei legatarii non darà luogo al diritto di accrescere, se la sostituzione fatta a vantaggio dei figli di questo legatario abbia effetto. Ma se questa sostituzione istessa divenga caduca, l'altro legatario o i suoi figli raccoglieranno la totalità del legato. Merlin, *Rep.* v. Accrescimento, n. 2. Duranton, IX, 511.

(2) L'eredità, considerata come universalità di cose, vale a dire, come un oggetto corporale, è sempre suscettiva di essere divisa senza deterioramento. Adunque, il legato della eredità, ovvero, in altri termini, i legati universali fatti a più persone mercè disposizioni separate, non possono, giusta l'art. 1000, essere considerati come fatti congiuntamente. Zachariae (testo *in fine*) insegna il contrario, fondandosi sul riflesso che l'art. 1000, il solo che restringe la congiunzione reale al caso in cui la cosa legata non sia suscettiva di essere divisa senza deterioramento, non parla che di *cose legate*, e debbasi per conseguente applicare soltanto ai legati particolari. Ma questa interpretazione è sforzata, perciocchè egli è certo che i compilatori del Codice civile adoperano la voce *cosa* per indicare tutto ciò che possa essere l'oggetto di un diritto; ed è bastevole il leggere gli art. 999 e 1000, per riconoscere che, in questi articoli in particolare, sonosi serviti delle parole: *cose legate*, affine d'indicare indistintamente l'oggetto d'ogni specie di legato. Difatti, lo stesso Zachariae riconosce, che le disposizioni degli articoli 999 e 1000 si ap-

ticolare suscettiva di essere divisa senza deterioramento (1), nè nel caso in cui egli abbia legato a più persone con assegnazione

plichino ai legati universali o a titolo universale, del pari che ai legati particolari. Aggiugneremo, che la sua opinione tenderebbe ad introdurre una inconseguenza di più nel sistema del Codice civile.

(1) Merlin, *Rep.*, v. Accrescimento, n. 2. Toullier, V, 688. Delvincourt, I, 798. Duranton, IX, 510. Proudhon (*dell'Usufrutto*, II, 734 e seg.), tocco dalla inconseguenza che il sistema del Codice civile presenta, e che noi medesimi abbiamo fatta rilevare più sopra, ha tentato di dare all'art. 1000 una interpretazione tutta diversa da quella che noi abbiamo ammessa. Secondo lui, il Codice civile non si occupa della congiunzione reale, la quale dà luogo, non al diritto di accrescere, ma semplicemente al benefizio di non decrescere : benefizio, che non avea d'uopo di essere stabilito e regolato, perchè risulta dalla natura medesima delle cose. Soffermandosi a questo punto, d'onde prende le mosse, Proudhon sostiene che l'articolo 1000 abbia per oggetto lo ammettere, malgrado l' assegnamento delle porzioni nella disposizione medesima, il diritto di accrescere fra più persone istituite con una sola e medesima disposizione, allorchè la cosa legata non sia suscettiva di essere divisa senza deterioramento, e l'accordare così per eccezione il benefizio dell' accrescimento nel caso in cui la disposizione generale del secondo comma dell'art. 999 lo negherebbe. Per giustificare questa interpretazione, Proudhon dice che le parole, le quali trovansi nella fine dell'art. 1000, sieno, secondo lo spirito di tale articolo, sinonime di queste: *con assegnamento di parti*. Ma la sua spiegazione ripugna al senso naturale di tali parole, le quali esprimono evidentemente l'idea di disposizioni separate; e ciò che dimostra averle i compilatori del Codice civile adoperate in questo senso, sono le parole: « collo stesso atto », che le precedono immediatamente. Difatti, se l' art. 1000 non avesse ad essere che una modificazione dello artic. 999, e se le parole: « anche separatamente » avessero dovuto esprimere, non già l'idea di più legati separati fatti collo stesso atto, ma quella di un solo legato fatto con assegnamento di porzioni, le voci : « collo stesso atto » sarebbero state affatto inutili, ed avrebbero anzi presentata una specie di contro-senso. D'altronde, quando leggasi senza prevenzione il secondo comma dell'articolo 999 e l'art. 1000, non si può resistere alla convinzione, che quest' ultimo articolo doveva, giusta la idea dei compilatori del Codice, indicare un caso differente da quello che era preveduto nell'art. 999. Ed in vero, non è questo forse ciò che risulta dalla voce: « anche », la quale trovasi nell'art. 1000, e la quale indica una enumerazione, una continuazione di ipotesi, e non già una modificazione di un caso precedentemente preveduto? La differenza di compilazione dei due articoli conferma altresì tale giudizio. Di fatti, nel primo si trovano le parole: « da una sola e medesima disposizione », le quali indicano in un modo certo e preciso il caso della congiunzione *verbis*; mentre nel secondo si veggono le espressioni : « collo stesso atto », le quali, lungi dall'enunciare nettamente lo stesso caso, si applicano più naturalmente a quello di disposizioni separate contenute in un medesimo atto. Aggiungeremo, che l'opinione di Proudhon è, in sostanza, contraria allo spirito col quale gli art. 999 e 1000 sono stati concepiti; perchè produrrebbe il risul-

di porzioni, mercè una sola e medesima disposizione, o mercè disposizioni separate, sia l'universalità o una parte aliquota de' suoi beni, sia cose particolari, suscettive o no di essere divise senza deterioramento (1).

Per l'applicazione delle regole stabilite negli art. 999 e 1000, non havvi distinzione a fare tra i legati particolari ed i legati universali, nè tra i legati di proprietà e quelli di usufrutto.

Non pertanto, le disposizioni degli art. 999 e 1000 sono fondate unicamente sulla volontà presunta del testatore. Se dunque costui, facendo un legato che secondo questi articoli, dovrebbe essere reputato fatto congiuntamente, avesse formalmente vietato ogni accrescimento, ovvero se, facendo un legato che non sarebbe, secondo questi medesimi articoli, reputato fatto congiuntamente, egli avesse formalmente stabilito il dritto di accrescere tra' collegatarii; la sua disposizione dovrebbe prevalere a quella della legge (2).

Allorchè siavi luogo ad accrescimento, la porzione vacante di uno de' collegatarii si divide, in generale, tra tutti gli altri, in proporzione della parte che ciascuno di loro sia chiamato a prendere nel dippiù del legato. Siffatta regola soffre nondimeno eccezione, allorchè più persone comprese sotto una designazione collettiva, o nominate individualmente, ma in uno stesso membro della frase, sieno, colla medesima disposizione, o con disposizioni separate, chiamate congiuntamente con altri legatari individualmente nominati. In questo caso, le porzioni vacanti de' legatarii della prima categoria si accrescono agli altri legatarii della categoria me-

tamento di ammettere il diritto di accrescere in un caso in cui il diritto romano lo rigetta, e di complicare così una teoria che i compilatori del Codice hanno per contrario avuta l' intenzione di render semplice.

(1) Per contrario, Proudhon *(dell'Usufrutto,* II, 734 e 735) insegna, che l'indicazione delle porzioni non formi ostacolo al diritto di accrescere, nel caso in cui una cosa, la quale non sia suscettiva di essere divisa senza deterioramento, sia stata legata a più persone con una sola e medesima disposizione. Noi abbiamo anticipatamente confutata questa opinione nella nota precedente. Zachariae, il quale combatte ugualmente questa maniera di vedere, sostiene alla sua volta, ed in opposizione con tutti gli autori, esservi luogo ad accrescimento allorchè il testatore abbia legata a più persone, con disposizioni separate, benchè con assegnamento di porzioni, una cosa la quale non sia suscettiva di essere divisa senza deterioramento. La sua opinione si fonda sulle espressioni: « anche separatamente », dell'articolo 1000, le quali sembra volere egli intendere, ad esempio di Proudhon, come sinonime di queste: *con assegnamento di parti.* Ma la induzione che egli ne trae è tanto più singolare, in quantochè egli rigetta immediatamente appresso l'interpetrazione di Proudhon, per attenersi, almeno in generale, ai principii che noi abbiamo adottati.

(2) Ric. rig., 18 maggio 1825, Sir., XXVI, 1, 16.

desima, ad esclusione di quelli della seconda (1).

Nel caso di congiunzione tra persone istituite con disposizioni separate dello stesso testamento, l'accrescimento si effettua senza i pesi, vale a dire, senza che i legatarii i quali ritengono la totalità del legato sieno obbligati di soddisfare i pesi imposti al collegatario sulla cui testa il legato sia divenuto caduco. Per l'opposto, nel caso di congiunzione tra persone istituite con una sola e medesima disposizione, l'accrescimento, di cui i collegatarii sono d'altronde liberi di repudiare il beneficio, si effettua coi pesi, vale a dire, sotto l'obbligo ne' legatarii, i quali vogliano raccorre una porzione divenuta caduca nella persona di loro, di adempiere ai pesi che gli erano imposti (2). Del resto, intendesi bene che il testa-

(1) Per esempio, se il testatore avesse detto: « Istituisco miei legatarii universali Pietro, Paolo ed i figliuoli di Giacomo », e la porzione di uno dei figliuoli di Giacomo divenisse caduca, essa si accrescerebbe agli altri, ad esclusione di Pietro e di Paolo. Del pari, se il testatore avesse detto in una prima disposizione: « Io lego la mia casa a Pietro ed a Paolo », ed in una disposizione posteriore: « Io lego la mia casa a Giovanni », e la quarta parte spettante a Paolo divenisse caduca, questa porzione si accrescerebbe a Pietro, ad esclusione di Giovanni. Toullier, V, 693 e 694. Duranton, IX, 515.

(2) Ad esempio di Delvincourt (II, 343) e di Duranton (IX, 516), noi abbiamo adottata, per quanto concerne la quistione se l'accrescimento abbia luogo *cum vel sine onere*, la distinzione stabilita dalla L. *un.*, C., § 11 *de Cod. toll.* (6, 51); distinzione che ci sembra ragionevole e conforme all' intenzione probabile del testatore. Di fatti, allorchè una sola e medesima cosa sia stata legata in totalità a più persone con disposizioni separate, il legatario il quale, in mancanza di concorso degli altri, raccolga la totalità del legato, lo riceve ben meno per diritto di accrescere che direttamente dal testatore, ed in virtù della natura medesima della disposizione fatta in suo favore. Ciò è talmente vero, che non concepirebbesi neppure come un legatario, chiamato *ab initio* da una disposizione fatta unicamente in suo vantaggio, e senza concorso con altri, possa accettare il suo legato per una parte, ripudiandolo pel dippiù. E se il legatario, che trovisi in questa posizione, non ha bisogno, per prendere la totalità del legato, che del suo proprio diritto, senza essere ridotto a prevalersi di quello degli altri legatarii, è cosa evidente che egli non può, pel solo effetto dell'accettazione del suo legato, essere tenuto a' pesi imposti a quest'ultimi. Da un altro canto, non sa vedersi come mai sarebbe possibile di sostenere, in mancanza di ogni indizio di volontà da parte del testatore, che quando egli leghi la totalità di una cosa ad una persona, senza gravar costei di alcun peso, e senza sottoporla ad un concorso con altre nella disposizione medesima con la quale egli la gratifichi, intenda non per tanto che questo legatario non possa altrimenti raccogliere il suo legato in totalità, che adempiendo a' pesi imposti ad altri legatarii, con disposizioni separate. Per contrario, allorchè più persone sieno istituite congiuntamente con una sola e medesima disposi-

tore può regolare in un modo diverso da quello testè indicato la sorte de' pesi, e che quelli i quali sieno puramente personali, in questo senso, che non sieno suscettivi di essere soddisfatti, o non debbano esserlo, giusta la mente del testatore, se non dal legatario mancante a cui egli li aveva imposti, non passano a' collegatarii che raccolgano per dritto d'accrescere la totalità del legato (1).

zione, esse trovansi appunto perciò chiamate a dividere tra loro la cosa legata; e se malgrado ciò si ammette, per interpetrazione della volontà del testatore, che in caso di caducità del legato sulla testa di uno dei legatarii, la sua porzione si accresca agli altri, si può e si dee supporre altresì, avere il testatore inteso che questo accrescimento non potesse aver luogo se non a condizione dell'adempimento del peso, che, con la medesima disposizione, egli aveva imposto al legatario mancante. Sembra d'altronde cosa naturale che gli altri legatarii, i quali in somigliante caso sono nella libertà, come tutti ne convengono, di accettare o di ripudiare la porzione vacante, non sieno ammessi a raccoglierla, se non adempiendo a' pesi che il testatore vi abbia annessi. Proudhon (*dell'Usufrutto*, II, 643) rigetta la distinzione che noi abbiamo adottata, e sostiene che ogni collegatario congiunto o *re*, o *re et verbis*, sia tenuto ai pesi imposti a' suoi collegatarii, le cui porzioni a lui si accrescono, s'ei voglia usare del dritto di accrescere, il che è a sua scelta. Egli invoca, riguardo a ciò, l'opinione di Ricard (*delle Donazioni*, parte III, cap. IV, sez. VII, n. 551 e seg.) e di Pothier *delle Donazioni testamentarie*, cap. VI, sez. V, § 5) opinione la quale, secondo lui, era generalmente seguita nell'antico diritto. Ma quest'ultima asserzione, evidentemente erronea quanto a' paesi di dritto scritto, non sembra neppure esatta quanto a' paesi consuetudinarii. Vedi: d'Espeisses, vol. II, parte I, a sez. II, n. 46; Furgole, *dei Testamenti*, cap. IX, n. 99 e 100; Argou, *Istituzioni del dritto francese*, lib. II, cap. XV, t. I. Lo stesso Ricard non dà il suo sentimento come l'espressione di una dottrina ricevuta nel diritto francese, ma come quella che debba prevalere secondo i nostri usi; e quanto a Pothier, egli altro non fa che riprodurre l'opinione di Ricard, senza svilupparla, ed anche senza approvarla formalmente. Aggiungiamo che il sentimento di Ricard deve inspirare tanto minor confidenza, in quantochè egli insegna (*op. e luogo cit.*, n. 556), che il legatario, congiunto *re*, non possa dividere il legato nè per conseguente ripudiare la parte vacante del suo collegatario: il che menerebbe a dire, contrariamente a tutte le idee ricevute, che il diritto di accrescere debba, in fatto di legati, aver luogo ad un tempo stesso *invito et cum onere*. Questa osservazione non si applica punto, egli è vero, all'opinione di Proudhon, il quale suppone con Pothier, che, anche nel caso della congiunzione *re tantum*, ciascuno dei legatarii goda della facoltà di ripudiare le porzioni caduche degli altri. Ma questa supposizione, la quale non tiene verun conto della natura delle disposizioni d'onde risulti la congiunzione *re*, sembraci essere compiutamente confutata dagli sviluppamenti nei quali lo stesso Proudhon si è impegnato, per istabilire la differenza tra il semplice beneficio di non decrescere e il dritto di accrescere propriamente detto.

(1) Furgole, *op. cit.*, cap. IX, n. 101 e 102.

Il dritto di accrescere fa parte del legato medesimo: i collegatarii, a prò dei quali esso sia si verificato o possa verificarsi, lo trasmettono a' loro successori universali (1), insieme con le porzioni che loro si appartengano per proprio dritto. Laonde, allorchè un legato fatto congiuntamente a due persone sia puro e semplice riguardo ad una, e condizionale riguardo all' altra ; e la prima muoia *pendente conditione*, ella trasmette a' suoi successori universali il diritto di profittare, mediante accrescimento, della porzione della seconda, se la condizione venga a mancare (2).

Non può esservi più luogo al dritto d'accrescere, allorchè il legato siasi utilmente aperto a vantaggio di tutti i collegatarii, e costoro, o i loro rappresentanti, l'abbiano tutti accettato. Questa regola si applica a' legati di usufrutto, del pari che a' legati di proprietà. Così, allorchè un legato di usufrutto, fatto congiuntamente a due persone, sia stato accettato da entrambe, la porzione di una di esse, divenuta poscia vacante per effetto della sua morte, non passa all'altra, ma si consolida colla nuda proprietà (3).

(1) Il benefizio dell'accrescimento è forse di pieno dritto compreso nella cessione che il collegatario, a vantaggio del quale venga ad aprirsi, abbia fatta dei suoi diritti? Siffatta quistione dev' essere risoluta in un modo analogo a quella di sapersi, se la cessione di una porzione ereditaria o di dritti successorii comprenda il benefizio dell' accrescimento.

(2) L. 26, § 1, D. *de Cond. et dem.* (35, 1). Pothier, *delle Donazioni testamentarie*, cap. VI, sez. V, § 3. Toullier, V, 696. Duranton, IX, 512.

(3) La corte di Aix ha nelle considerazioni di una decisione degli 11 luglio 1838 (Dalloz, XXXIX, 2, 65) emessa una opinione contraria. Ella comincia dallo stabilire per principio, che l'art. 999 ammetta il diritto di accrescere, sol perchè un legato sia fatto congiuntamente, e senza esigere che il dritto di uno dei collegatarii sia divenuto caduco. Dice poscia, che se ne' legati di proprietà il diritto di accrescimento non può essere ammesso allorchè il legato sia stato raccolto da tutti i legatarii, ciò dipenda, da un canto, dal principio che un diritto di proprietà o di credito, acquistato che sia, passa agli eredi di colui che se ne sia trovato investito, e, da un altro canto, dalla proibizione delle sostituzioni; ma che questi due motivi da restringere l' accrescimento in caso di caducità, non esistano più allorchè trattisi di legati semplicemente attributivi di usufrutto. Questo ragionamento sembraci essere claudicante nella sua base. La interpetrazione che la corte di Aix ha data all'art. 999 è contraria a tutti i principii ammessi in materia di accrescimento, e va confutata mercè l'evidente ligame che vi ha tra lo art. 999 e quelli che lo precedono; articoli, nei quali i compilatori del Codice civile si sono occupati ad indicare i diversi casi di caducità. Di fatti, la corte di cassazione, tuttochè abbia rigettato, coll'arresto citato nella nota seguente, il ricorso prodotto contro la decisione della corte di Aix, non ha curato di appropriarsi la dottrina di questa corte, ne si è esclusivamente attenuta a' termini della dispositiva, ed alla circostanza che lo stesso attore in cassazione aveva precedentemente

eccetto se il testatore abbia, sia espressamente, sia implicitamente, co' termini stessi della disposizione, manifestata l'intenzione di far godere al superstite de' legatarii la interezza dell'usufrutto (1).

650. Continuazione. 3. De' casi ne' quali i legati sono suscettivi di essere rivocati dopo la morte del testatore.

I legati possono rivocarsi dopo la morte del testatore: 1. per causa d'inadempimento a' pesi ed alle condizioni che vi sieno annessi; 2. per causa d'ingratitudine.

La rivocazione de' legati per la prima di tali cause è, in generale, regolata dagli stessi principii di quella delle donazioni tra vivi. Fa d'uopo nondimeno combinare con siffatti principii le regole sviluppate nel § 635, intorno a' legati fatti *sub modo* (2).

La rivocazione per causa d'ingratitudine non può aver luogo che ne' casi seguenti:

1) Se il legatario abbia attentato alla vita del testatore;

2) Se siasi renduto colpevole verso di lui di sevizie, delitti, o ingiurie gravi;

3) Se abbia fatta una ingiuria grave alla memoria di lui (3). Art. 1001, comb. art. 880, n. 1 e 2, ed art. 1002.

Le regole sviluppate sulla rivocazione, per causa d'ingratitudine, delle donazioni tra vivi, si applicano del pari alla rivocazione de' legati. Così, per esempio, la dimanda di rivocazione di un legato per causa d'ingratitudine non può essere fatta che da' successori universali, i quali rappresentano la persona del testatore (4). Così ancora, tale domanda deve, sotto pena di decadenza, intentarsi nel termine fissato dall'art. 882 (5). Da un altro canto, la rivocazione di un legato per

data al testamento l'interpretazione contro la quale egli insorgeva.

(1) Confr. Ric. rig., 1 luglio 1841, Sir., XLI, 1 851.

(2) Contrariamente a quello che noi abbiamo detto altrove, la corte di Grenoble ha giudicato, con decisione dei 16 maggio 1842 (Sir., XLIII, 2, 279), che i più prossimi parenti del defonto abbiano qualità per costringere il legatario universale, godente della investitura, alla esecuzione dei pesi che gli sieno stati imposti nell' interesse della memoria del testatore. Questa decisione muove dalla falsa supposizione, che per diritto francese l'istituzione di un legatario universale non escluda, in un modo assoluto, neppure in mancanza di eredi di riserva, la successione *ab intestato*.

(3) L'occultazione di cose appartenenti alla eredità non potrebbe, in generale e per sè medesima, essere considerata come una ingiuria fatta alla memoria del testatore. Civ. cass., 25 giugno 1822, Sir., XXIII, 1, 52. Lo stesso è della cattiva condotta a cui si dia in preda la vedova legataria del suo marito, benchè prima dello spirare dell'anno di lutto. Nimes, 14 febbraro 1827, Sir., XXVII, 2, 122.

(4) Nondimeno, Duranton (IX, 482) insegna che l'azione di rivocazione di un legato, per causa d'ingratitudine, si appartenga indistintamente ad ogni persona gravata dell'adempimento di questo legato. Siffatta maniera di vedere ci sembra sufficientemente confutata mercè le considerazioni sviluppate altrove.

(5) Delvincourt, sull' artic. 1001. Amiens 16 giugno 1821, Sir., XXII,

causa d'ingratitudine non ha effetto, riguardo a' terzi, se non conformemente a ciò sia detto nell'art. 883.

Quando la domanda di rivocazione sia fondata su di una ingiuria fatta alla memoria del testatore, il termine di un anno comincia a decorrere dal giorno in cui l'ingiuria abbia avuto luogo, se gli eredi ne abbiano avuto immediatamente conoscenza, e, se non ne sieno stati istruiti che più tardi, dal giorno in cui abbiano acquistata tale conoscenza. Art. 1002.

Quanto alla quistione di sapersi a chi giovi la rivocazione di un legato dopo la morte del testatore, essa dev'essere decisa a norma di regole analoghe a quelle pel caso di caducità (1).

2, 155. Civ. rig., 24 dicembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 256. Duranton (IX, 479), non ostante che professi in generale, l'opinione emessa nel testo, crede nondimeno che il termine per introdurre l'azione di rivocazione si trovi per eccezione prorogato, allorchè la domanda sia basata sulla circostanza che il legatario fosse stato autore o complice della morte del testatore. Egli fondasi sulla espressione del primo comma dell'articolo 1002, che aveva statuito intorno a questo caso, e sulle discussioni che ebbero luogo in tale occasione presso il consiglio di Stato. Ma a noi non sembra possibile il trarre da una tale soppressione una induzione certa. Non vegigamo d'altronde la necessità di ammettere, per la ipotesi di cui si tratta, una eccezione al principio stabilito dall'art. 822; perciocchè, secondo il nostro modo di vedere, il termine di un anno non comincia a correre, se non dal giorno in cui gli eredi abbiano acquistata conoscenza del fatto sul quale la loro azione di rivocazione sia fondata. Duranton (IX, 480) sostiene da un altro canto, che, pei fatti seguiti vivente il testatore, il termine di un anno non cominci a decorrere, quanto agli eredi, che a partire dalla morte del testatore. Egli ne adduce per ragione, che il testatore essendo stato in libertà di rivocare a proprio piacimento il legato, non si possa dire che la prescrizione sia incominciata contra di lui, per inferirne che i suoi eredi non abbiano se non che il dippiù del tempo che rimaneva a decorrere nell'epoca della sua morte. Ma questa opinione, la quale conduce a conseguenze contrarie allo spirito della legge, è fondata sopra una fallace applicazione dell'art. 2138. Appunto perchè, ond'operare la rivocazione, il testatore non era obbligato di istituire un'azione in giudizio, la presunzione della offesa, la quale risulta dalla mancanza di rivocazione, è, in questo caso, molto più forte di quella che discende dalla mancanza d'introduzione di una dimanda giudiziaria, nel caso in cui il defunto fosse stato obbligato di ricorrere a questo mezzo.

(1) Così, la rivocazione di un legato per causa d'ingratitudine dà, come la caducità, apertura al diritto di accrescere in favore dei collegatarii congiunti. Proudhon, *dell'Usufrutto*, II, 688 e seg.

CAPO SECONDO

DELLE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO DI DIRITTO ECCEZIONALE.

1) DELLA DIVISIONE DI ASCENDENTE (1).

651 *Del carattere degli atti giuridici di cui trattasi negli artic. 1031 a 1036. — Delle divisioni alle quali si applicano le disposizioni di questi articoli. —* 652 *Della forma della divisione di ascendente. —* 653 e 654 *Del modo di ripartizione da seguirsi in materia di divisione di ascendente.— Dei beni da comprendersi nella divisione. —* 655 *Delle persone tra le quali le divisioni degli ascendenti debbono esser fatte per esser valide. —* 656 *Degli effetti giuridici della divisione di ascendenti. —* 657 *Del dritto d'impugnare la divisione per causa di lesione o per pregiudizio recato alla riserva.*

651. Del carattere degli atti giuridici di cui trattasi negli art. 1031 a 1036. Delle divisioni alle quali si applicano le disposizioni di questi articoli.

Sebbene gli atti di cui si occupano gli art. 1031 a 1036 debbano esser fatti nella forma delle donazioni tra vivi e de' testamenti, e possano, quanto alla sostanza, costituire delle vere liberalità, pure il carattere della divisione per successione vi predomina sempre (2). Avviene sotto questo rap-

(1) Fonti. L. 20, § 4, D. *de Fam. erc.* (10, 2); L. 26, C. *Fam, erc.* (3, 36); Nov. 18, Nov. 107, cap. 1 e 3; Ordinanza del 1735, sui testamenti, art. 17 e 18. Confr. Grenier, *Discorso storico*, sez. VI. Oltre la divisione di ascendente, l'antica giurisprudenza francese aveva ancora ammessa la dimissione de' beni, che vi si avvicinava sotto alcuni rapporti, ma che, sotto altri rapporti, ne differiva in un modo essenziale. La dimissione di beni partecipava ad un tempo stesso e della donazione tra vivi, in quantochè produceva lo spogliamento attuale della proprietà dei beni i quali ne formavano l'oggetto, e del testamento, in quantochè essa era rivocabile, almeno in un gran numero di consuetudini. Questo genere di disposizioni è stato rigettato dal Codice, appunto perchè esso non se ne è occupato. *Esposizione dei motivi*, di Bigot-Preameneu; *Rapporto*, di Jaubert; *Discorso*, di Favard, Locré, *Legisl.*, t. XI, n. 79; 80; 27. Confr. Grenier, *Discorso storico*. sez. VII.

(2) (Non deesi considerare come una divisione di ascendente il testamento. col quale un padre lasci dapprima determinati beni per indivisi ad alcuni dei suoi figli, ed attribuisca in appresso il dippiù della successione a coloro tra siffatti figli che egli indichi per suoi eredi universali, soprattutto se un tale sembri non avere altro scopo che quello di vantaggiare una seconda moglie, del pari che i figli di lei, in pregiudizio di quelli del primo letto. Brusselles, 23 novembre 1833. *Giur. di B.*, 1834).

porto, ma sotto questo rapporto soltanto, che tali atti si distinguono dalle disposizioni a titolo gratuito del dritto comune, e che gli articoli, i quali li autorizzano e li regolano, derogano a' principii che reggono queste ultime.

Le divisioni fatte da ascendenti tra i loro discendenti sono le sole che entrino sotto l' applicazione degli art. 1032 a 1036. Art. 1031. Così, benchè sia permesso ad ogni persona di dividere i suoi beni, in forma di donazione tra vivi o di testamento, tra coloro che si troveranno chiamati a raccoglierli per effetto della sua volontà o per disposizione della legge, un simile atto è legalmente da riguardarsi come costituente; meno una divisione della natura di quelle di cui si occupano i citati articoli, che una liberalità ordinaria, e viene per conseguenza regolato, non dalle disposizioni eccezionali di questi articoli, ma sì bene da' principii del dritto comune in fatto di disposizioni a titolo gratuito (1). Da ciò deriva, per esempio, che quando uno zio abbia fatta trai suoi nipoti e le sue nipoti la divisione del suo patrimonio la donazione o il testamento contenente questa divisione non può essere impugnato, nè per via di nullità, conformemente all'art. 1034, da coloro tra' nipoti e le nipoti che vi fossero stati omessi, nè per via di rescissione, conformemente all'artic. 1035, da coloro tra i nipoti o le nipoti che pretendessero essere stati lesi di oltre un quarto (2). Egli è così, quando ancora l' omissione o la lesione fosse il risultamento di un errore da parte del donante o del testatore (3).

Del resto, la soluzione della quistione di sapersi se un atto entri o no nella classe di quelli di cui si occupano gli articoli dianzi citati, dipende molto meno dalla qualificazione data a tale atto, quanto dalla sua sostanza (4). Così, un appuramento di conto tra un padre ed alcuni de' suoi figliuoli, accompagnato da abbandono di beni fatto a vantaggio di

(1) *Exceptio est strictissimae interpretationis.* Autorizzando un genere di disposizione che partecipa essenzialmente della divisione, e che riveste così un carattere giuridico distinto da quello della donazione tra vivi e del testamento, gli art. 1031 e 1036 sono evidentemente eccezionali e derogatorii al diritto comune. Confr. artic. 813. Adunque siffatto genere di disposizione non è ammesso che tra le persone riguardo alle quali la legge lo autorizza. Grenier, I, 393.

(2) Benchè una donazione o un testamento contenga distribuzione, tra' donatarii o legatarii, dei beni donati o legati, questa circostanza non produce, fuori del caso preveduto dall'art. 1031, l'effetto di imprimere alla donazione o al testamento il carattere di una divisione, e di sottoporlo a' principii che regolano quest'atto giuridico. Duranton, IX, 617 e 618. Vedi in senso contrario: Delvincourt, II, 149.

(3) Un somigliante errore non è in fatti della natura di quelli che autorizzano a domandare la ritrattazione di una donazione o di un testamento. Duranton, IX, 619.

(4) *Sermo rei, non res sermoni subiicitur.*

ciascuno di essi, sotto forma di contratto oneroso, può, secondo le circostanze, essere considerato come costituente una divisione di ascendente (1). Al contrario, un atto con cui una persona disponga a favore dell'unico suo figliuolo, non può, sebbene qualificato divisione di ascendente, essere riguardato come tale.

Gli ascendenti, i quali facciano uso della facoltà che loro accorda l'art. 1031, non conservano meno il dritto di vantaggiare l'uno o l'altro de' loro discendenti ne' limiti della quota disponibile; e nulla impedisce ancora che essi lo facciano coll'atto istrumentario che contenga la divisione de' loro beni (2). Le liberalità fatte a tal modo restano sottoposte, in tesi generale, alle disposizioni del dritto comune (3). Da un'altra parte, la validità e l'efficacia di somiglianti liberalità non sono subordinate alla validità ed alla efficacia della divisione medesima (4). Quest'ultima proposizione però si applica solamente alle liberalità le quali, benchè racchiuse nell'istesso atto istrumentario che la divisione, sieno nondimeno indipendenti da quest'ultima. Esse non concernono i vantaggi, i quali non essendo che il risultamento del modo onde la divisione sia stata operata, e non potendo per conseguenza esserne separate, debbano necessariamente svanire con essa.

652. Della forma della divisione di ascendente.

La divisione di ascendente può esser fatta, sia per donazione tra vivi, sia per testamento, e non può aver luogo fuorchè in uno di questi due modi di disporre. Art. 1032, ed arg. da quest'articolo. Le formalità e le condizioni prescritte, e per la validità e per l'efficacia delle disposizioni tra vivi o testamentarie, vengono del pari richieste in materia di divisione di ascendente. La validità e l'efficacia di siffatta divisione si valutano secondo le regole relative al genere di disposizione che l'ascendente abbia scelto per distribuire i suoi beni (5). Art. 1032 comma 1.

Laonde, allorchè la divisione abbia luogo per mezzo di donazione tra vivi, essa dev'esser fatta nella forma prescritta negli art. 855 e seguenti, e non può comprendere che i beni presenti dell'ascendente. Art. 1032 comma 2, comb. 867. Così ancora, la divisione fatta per atto tra vivi non è valida, riguardo alle cose mobili sulle quali essa versi, se non in quanto queste cose non sieno

(1) Ric. rig., 20 giugno 1837, Sir., XXXVII, 1, 746.

(2) Arg. artic. 1035. Grenier, I, 399.

(3) Vedi nondimeno art. 1035.

(4) Così, per esempio, la nullità di cui si trovasse infetta la divisione, per contravvenzione alle disposizioni dell'art. 1034, non produrrebbe la nullità del vantaggio fatto ad uno dei discendenti coll'atto istrumentario che contenga la divisione. Grenier, II, 400. Toullier, V, 812. Bordeaux, 2 marzo 1832, Sir., XXXII, 2, 283.

(5) Merlin, *Rep.*, v. Divisione di ascendente n. 13. Grenier, I, 395. Duranton, IX, 622 e 623.

state stimate e descritte, conformemente all'art. 872; e non diviene efficace riguardo a' terzi, per ciò che concerne gl'immobili suscettivi di ipoteche, i quali vi si trovino compresi, se non mercè l'adempimento della trascrizione richiesta dall'art. 863 (1).

Segue dallo stesso principio, che quando la divisione abbia luogo per testamento, dev'esser fatta in una delle forme di testare ammesse dalla legge, e che il medesimo allo testamentario non può comprendere, in generale, la divisione dei beni di più persone, e neppure, in particolare, quella de' beni di due coniugi (2). Conf. art. 893.

653 e 654. Del modo di ripartizione da seguirsi in materia di divisione di ascendente. Dei beni da comprendersi nella divisione.

1. La divisione di ascendente è, in quanto al modo di ripartizione de' beni che ne formino l'oggetto, sottoposta, come ogni altra divisione, alla regola secondo la quale le quote debbono essere composte, in guisa che ciascuna di esse comprenda, per quanto sia possibile, la medesima quantità d'immobili e di mobili della stessa natura (3). Nondimeno, l'ascen-

(1) Merlin, *op. e v. cit.*, n. 14. Grenier, I, 395 e 403. Duranton, IX, 624 e 625.

(2) L'artic. 77 dell'ordinanza del 1735 ammetteva per questo caso una eccezione, la quale non può più avere effetto oggidì, perchè non è riprodotta dal Codice. Grenier, I, 402. Duranton, IX, 122, 9. Vedi nondimeno Maleville, sull'articolo 1031.

(3) Arg. art. 751. Per dimostrare che la disposizione di quest'articolo si applichi tanto alle divisioni anticipate quanto alle divisioni dopo morte, dicesi comunemente che essa è fondata sul principio della uguaglianza, e che questo principio essendo essenziale alle divisioni, gli ascendenti si trovino virtualmente sottoposti alla osservanza di tutte le regole che ne discendono, appunto perchè essi non ne sono stati dispensati. Non crediamo che questo punto di veduta sia perfettamente esatto. Noi portiamo opinione che, per giustificare la proporzione enunciata nel testo, valga meglio lo attenersi alla essenza medesima del diritto di comproprietà, il quale esiste *in toto ed in qualibet parte rerum communium*. Ogni divisione supponendo un diritto di comproprietà sulle cose da dividersi, questa operazione aver dee luogo in guisa di rispettare, per quanto lo permetta la natura delle cose, il principio giusta il quale va regolata l'estensione di questo diritto. Conf. art. 745. Con questa veduta appunto, l'art. 751, sebbene si allontani dal rigore di tal principio, in quantochè non esige che ciascuna quota comprenda una parte di ciascuna delle cose da dividersi, ordina ciò non ostante che le quote sieno composte in modo, che si trovi in tutte una pari quantità di cose della medesima natura. Or benchè l'ascendente, il quale voglia fare tra i suoi discendenti la divisione de' suoi beni, abbia nelle sue mani tutti i poteri necessarii per procedervi, egli non può nondimeno, nell'esercizio di questa facoltà, farsi superiore alla regola stabilita dall'art. 751, perchè essa appartiene alla essenza medesima del diritto di comproprietà. Del resto, l'opinione contraria, verso la quale inclina Zachariae, e la quale avevano adottate le Corti di Nimes e di Grenoble, 14 febbraro

dente è dispensato dall'osservare siffatta regola, alloraquando la sua applicazione presenterebbe degli inconvenienti, soprattutto per la circostanza, che l'uno o l'altro degli oggetti formanti la materia della divisione non fosse comodamente divisibile. In questa ipotesi, l'ascendente è autorizzato a comporre la quota di oggetti di natura diversa, facendo entrare gl'immobili nelle une ed i mobili nelle altre, ed anche ad attribuire a qualcuno de' suoi discendenti la totalità degli oggetti compresi nella divisione, formando le altre quote per mezzo di pareggiamenti o supplimenti in danaro (1).

Nelle divisioni fatte per donazione tra vivi, il vizio derivante dalla violazione della regola testè stabilita trovasi coperto dall'accettazione de' donatarii (2), i quali

1823, e 25 novembre 1824, Sirey, XXV, 2, 85 e 171, sembra oggidì generalmente rigettata. Confr. Favard, *Rep.*, v. Divisione di ascendente, n. 2; Duranton, IX, 699; Vazeille, sull'art. 1035, n. 9; Poujol, sull'art. 1031, n. 6; Civ. cass., 16 agosto 1826, Sir., XXVI, 1, 86; Ric. rig., 12 aprile 1831, Sir., XXXII, 1, 839; Limoges, 5 agosto 1836, Sir., XXXVI, 2, 331; Lione, 20 gennaio 1837, Sir., XXXVIII, 2, 63; Caen, 27 maggio 1843, Sir., XLIII, 2, 575. Vedi altresì le autorità citate nella nota seguente. Non facendo cessare l'applicazione della regola enunciata nel testo, salvochè nelle ipotesi eccezionali di cui siamo per parlare, gli autori e le decisioni indicati nella nota seguente presuppongono implicitamente l'esistenza di questa regola.

(1) Di fatti, l'art. 731 stabilisce due regole le quali, applicate separatamente, menerebbero a risultamenti contrarii, e le quali appunto perciò è d'uopo combinare tra loro, in guisa da limitare l'una per mezzo dell'altra. D'altronde, la legge accordando all'ascendente il diritto di fare, di per sè medesimo ed egli solo, la divisione dei proprii beni fra' suoi discendenti, gli ha con ciò appunto implicitamente conferiti tutti i poteri necessarii per effettuarla, e soprattutto quello di procedervi per una via analoga a quella della esposizione all'incanto, allorchè le cose da dividersi non sieno comodamente divisibili. Confr. articolo 746. Maleville, sull'art. 1035. Delvincourt, II, 150. Merlin, *Rep.*, v. Divisione di ascendente n. 12. Toullier, V, 806. Grenier, I, 390. Duranton, IX, 638. Caen, 15 giugno 1835, Sir., XXXVIII, 2, 521. Agen, 10 maggio 1838, Sir., XXXVIII, 2, 375.

(I padri e le madri possono, coll'atto di divisione, dare agli uni la loro porzione in danaro, ed agli altri in immobili. Grenoble, 14 agosto 1820: Nimes, 11 febbr. 1823, Dalloz, II, 226; Gand, 22 maggio 1834.

— Il padre e la madre, che vogliano fare la divisione dei loro beni, possono non fare che una massa dei due loro patrimonii, e distribuirli ai loro figli in guisa, che la totalità dei beni del padre sia attribuita a determinati figli, e tutti i beni della madre sieno assegnati a certi altri. Liegi, 8 marzo 1832, *Giur. del XIX secolo*, 1832, p. 135).

(2) I donatarii, i quali abbiano accettata la divisione anticipata fatta tra loro dall'ascendente, sono, riguardo a ciò, nella medesima posizione che i coeredi, i quali abbiano dopo la morte del loro autore divisi i beni di costui rimasti. I primi non possono, più che i secon-

non sarebbero neppure ammessi ad agire contro la divisione, sotto pretesto che la loro accettazione fosse stata determinata dal timore di disgustare l'ascendente donante, e di vedersi, per ragione del loro rifiuto, trattati più svantaggiosamente ancora (1). E siccome, da un'altra parte, le divisioni fatte per donazione tra vivi sono nulle, quando non sieno state accettate (2), ne siegue che l'inosservanza della regola di cui trattasi è, in conclusione, senza influenza sopra somiglianti divisioni.

Per l'opposto, la divisione fatta per testamento è nulla, allorchè l'ascendente non siasi uniformato alla regola stabilita nel principio di questo paragrafo, e non fossero esistite circostanze tali da farne cessare l'applicazione (3). Siffatta nullità può essere proposta da ogni discendente che pretenda di avere a dolersi della composizione della sua quota, senza esser tenuto a giustificare alcuna lesione (4). Essa può esserlo per lo spazio di trent'anni, a contare

di, prevalersi della violazione di una regola, alla osservanza della quale hanno rinunziato. Vedi le autorità citate nella nota seguente.

(1) Duranton, IX, 658. Pouiol, sull'art. 1035, n. 2. Caen, 27 maggio 1843, Sir., XLIII, 2, 575.

(2) Arg. art. 1032, comb. 856.

(3) L'estimazione del punto di sapersi se le circostanze, nelle quali abbia avuto luogo una divisione impugnata come violatrice della regola di che qui parliamo, sieno o no sufficienti per far piegare questa regola, è interamente abbandonata all'arbitrio del giudice. Ma qui si limita il suo potere. E noi non crediamo punto che il giudice possa, dopo di aver riconosciuto che non esistevano motivi sufficienti per eliminare l'applicazione della citata regola, astenersi dal pronunziare la nullità della divisione, limitandosi ad aggiudicare all'attore nell'azione di nullità una bonifica rappresentativa del danno che egli avesse risentito, nè che possa, dopo di aver verificata l'esistenza di tali motivi, arbitrarsi ad aggiudicare tale bonifica, benchè il pregiudizio risentito dall'attore nell'azione di nullità non fosse di più di un quarto. A parer nostro, il giudice è obbligato di mantener ferma puramente e semplicemente, o di annullare la divisione, secondochè esistano o non esistano circostanze tali da dispensare dalla osservanza della regola stabilita dalla seconda disposizione dell'art. 751. Vedi nondimeno: Ric. rig., 12 agosto 1840, Sir., XL, 1, 678. Quest'arresto non potrebbe formar giurisprudenza; perciocchè esso riduce agli effetti di una semplice azione di rescissione, un' azione la quale costituisce in realtà un' azione di nullità, e la quale, come tale, è ammessibile indipendentemente da ogni lesione. Sembra che la Corte di cassazione sia stata indotta a tale decisione dal punto di veduta poco esatto, in cui si è collocata, per giustificare l'applicazione delle disposizioni dell' art. 751 alle divisioni di ascendenti.

(4) Di fatti, qui non trattasi punto di un'azione di rescissione, ma sì bene di un'azione di nullità, il cui fondamento risiede nella violazione della legge, e non già nella lesione. Vi ha dippiù: benchè l' azione di nullità sia fondata, in somigliante caso, sopra una presunzione legale di lesione, siffatta azione non dovrebbe meno essere accolta, quando anche il convenuto offrisse di pro-

dalla morte dell'ascendente (1), eccetto se sia stata sanata dalla conferma espressa o cilata della divisione (2).

2. È lecito all'ascendente di comprendere nella divisione, sia la totalità o una parte aliquota de' beni che egli possa farvi entrare secondo la natura dell'atto con cui la faccia, sia anche soltanto determinate cose individualmente riguardate. Art 1033. Da ciò deriva che un ascendente può dividere il suo patrimonio tral suoi discendenti con atti differenti, ed in epoche diverse.

L'ascendente è autorizzato a comprendere in una divisione fatta per testamento i beni che egli abbia donati tra vivi, in anticipazione di eredità, e che, come tali, trovinsi sottoposti a collazione (3).

Allorchè l'ascendente lasci in tempo della sua morte beni che non sieno stati o che non potevano esser compresi nella divisione da lui fatta, tali beni debbono essere divisi conformemente al dritto comune. Art. 1034.

655. Delle persone tra le quali le divisioni degli ascendenti debbono esser fatte, per esser valide.

La divisione deve esser fatta fra tutti i discendenti che si troveranno chiamati alla successione *ab intestato* dell'ascendente nel momento dell'apertura di essa, e che potranno o vorranno raccoglierla. Art. 1034.

Da questa proposizione emerge, che per estimare la validità della divisione fatta da un ascendente, non deesi esaminare se essa abbia avuto luogo fra tutti i discendenti che trovavansi, nella data di tale atto, eventualmente chiamati alla successione. La divisione può esser nulla, benchè tutti i discendenti di cui si è parlato vi fossero stati compresi. E, reciprocamente, può esser valida, non ostante la preterizione di alcuno di essi. Così, per esempio, l'omissione di un figlio nato posteriormente alla divisione od anche l'omissione di un figlio postumo trarrà seco la nullità della divisione (4). Per contrario, l'esclusione di un figlio esistente nel tempo della divisione, ma morto prima dell'apertura della successione, non reca alcun pregiudizio alla validità di tale atto (5).

vare che l'attore non abbia in realtà risentita alcuna specie di lesione.

(1) Art. 2168. La prescrizione eccezionale di dieci anni, stabilita dall'art 1258, non è qui adattabile; perchè l'azione di nullità è diretta, non contro una convenzione, ma contro un atto unilaterale, nel quale non ha figurato colui che intenta siffatta azione.

(2) Art. 1292.

(3) Ric. rig., 9 luglio 1840, Sir., XL, 1, 805.

(4) *Infans conceptus pro nato habetur, quoties cumque de eius commodo agitur*. Art. 646. Confr. art. 822. Malevdle, sull'art. 1034.

(5) Duranton, VIII, 639. La premorienza di un figlio compreso nella divisione non la rende caduca, anche quando essa avesse avuto luogo per testamento: qui non si applicano le disposizioni dell'art. 994, Limoges, 29 febbraro 1832, Sirey, XXXII, 2, 282. Vedi nondimeno in senso contrario: Bordeaux, 2 marzo

La stessa soluzione è adattabile al caso dell'omissione di un figlio nato posteriormente alla divisione, e morto prima dell'ascendente (1).

Risulta ancora dalla proposizione testè enunciata, che quando i figli omessi abbiano rinunziato alla successione dell'ascendente, o ne sieno stati esclusi per causa d'indegnità, non è permesso di farsi della loro esclusione un mezzo per impugnare la divisione (2).

L'omissione de' figli naturali, che si trovino nelle condizioni precedentemente indicate, trascina, al pari che quella de' figli legittimi, la nullità della divisione (3).

1832, Sir., XXXII, 2, 283. La porzione assegnata al figlio premorto passa a' suoi discendenti, quando ne abbia lasciati. Nel caso contrario, uopo è distinguere: se la divisione sia stata fatta con atto tra vivi, la porzione assegnata al figlio premorto senza discendenti fa ritorno all'ascendente donante, in virtù dell'art. 670. eccetto se il donatario abbia alienate le cose donate, e ne abbia disposto per testamento. Se la divisione sia stata fatta per testamento, la porzione del premorto si accresce ai suoi collegatarii, nel caso in cui il legato sia stato fatto congiuntamente. Fuori di questo caso, essa diviene caduca, e si trova devoluta agli altri condividenti a titolo di successione *ab intestato*, tra' quali essa si divide conformemente all'art. 1033. Delvincourt, II, 152. Grenier, I, 398. Toullier, V, 814. Duranton. IX, 622, 8 e 641.

(1) Duranton, IX, 640.

(2) L'art. 1034 dice, egli è vero, che la divisione è nulla se non sia fatta: « fra tutti i figli esistenti in tempo della morte ». Ma queste espressioni debbono essere intese *secundum subiectam materiam*. Esse non comprendono evidentemente che i figli esistenti sotto il punto di veduta della divisione dell'eredità lasciata dall'ascendente, e non si applicano a quelli i quali, per la loro rinunzia o per la loro esclusione a causa d'indegnità, si trovino privi di ogni partecipazione a tale eredità. Duranton, IX, 638. Delvincourt, II, 152.

(3) *Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*. Ed in vero. risulta dallo spirito che ha preseduto alla compilazione dell'artic. 1034, la divisione anticipata dover esser fatta tra tutti coloro i quali, in mancanza di una somigliante divisione, si troverebbero ammessi a provocarne una dopo la morte dell'ascendente. Tale non è però l'opinione di Duranton, il quale insegna, IX, 635, fondandosi sull'art. 674 e sulle disposizioni dell'antico diritto, che i figli naturali omessi in una divisione di ascendente sieno obbligati di rispettare questa divisione, salvo il reclamare la porzione che loro spetti. Vedi egualmente in questo senso Zachariae. Risponderemo, che quantunque il figlio naturale non sia erede, egli non è meno comproprietario della eredità a cui si trovi chiamato; che la legge gli accorda, per provocarne la divisione, un' azione analoga all'azione *familiae erciscundae;* che egli può domandare che la porzione, alla quale abbia diritto, gli sia rilasciata in cose ereditarie, e per via della estrazione a sorte; e che finalmente egli è anche autorizzato a pretendere la collazione dei vantaggi onde gli eredi, coi quali si trovi in concorso, sieno stati gratificati. Or non comprenderebbesi punto come mai sarebbe possibile di conciliare l'esercizio di questi differenti diritti, di che gode il figlio naturale, col mantenersi ferma la divisione nella quale egli fosse stato

Tutto che si è detto de' figli si applica egualmente a' nipoti da figlio o a' discendenti d'un grado ulteriore, in quanto essi si trovino chiamati, per rappresentazione o per dritto proprio, alla successione dell'ascendente, autore della divisione (1). Nonpertanto, i nipoti da figlio, ed i discendenti d'un grado ulteriore, non debbonsi considerare come omessi nella divisione, allorchè la persona da cui essi discendono siavi stata compresa. Essi prendono allora la porzione attribuita a quest'ultima (2).

In caso di contravvenzione alla regola stabilita in principio di questo paragrafo, la divisione non può essere opposta a' figli e discendenti che non vi fossero stati compresi. Questi ultimi adunque sono autorizzati a dimandare, dopo la morte dell'ascendente, la divisione dell'eredità che egli abbia lasciata, senza neppure essere obbligati di provocare la nullità dell'anticipata divisione, la quale dev'essere considerata come non avvenuta riguardo ad essi (3). L'azione *familiae erciscundae*, che loro compete a tale oggetto, non si prescrive se non conformemente alle regole del dritto comune(4). I figli ed i discendenti, trai

omesso. La cosa era passibile sotto l'antica legislazione, la quale non attribuiva al figlio naturale altro che un credito alimentario; ma essa non è più praticabile sotto una legislazione che ammette nel figlio naturale un diritto di comproprietà sulla eredità a cui egli sia chiamato.

(1) L'art. 1034 non parla, egli è vero, che de' discendenti da' figli *premorti*; e quest'ultima espressione indicherebbe, se fosse presa alla lettera, che la disposizione del citato articolo si applichi soltanto ai nipoti da figlio, i quali, a cagione della premorienza del loro padre, vengano per rappresentazione di lui alla successione del loro avolo. Ma lo spirito col quale è stato compilato l'art. 1034 prova evidentemente, che con le espressioni: « discendenti di figli che premorirono », il legislatore ha voluto indicare, in generale tutti i discendenti i quali si trovassero chiamati alla successione dell'autore della divisione anticipata; e che prevedendo la circostanza della premorienza dei discendenti di primo grado, per effetto della quale la successione di un ascendente trovasi il più d'ordinario devoluta ai discendenti di un grado ulteriore, non è stato nella sua intenzione lo escludere il caso in cui essa venisse loro deferita per effetto di rinunzia o di esclusioni per causa di indegnità.

(2) I nipoti da figlio chiamati alla successione dell'avo non possono dirsi omessi nella divisione da quest'ultimo fatta, allorchè la stirpe a cui essi appartengano vi sia stata compresa nella persona del loro padre. Delvincourt, II, 152. Duranton, IX, 641.

(3) Art. 1118, ed arg. da quest'articolo. Dicendo che: « la divisione sarà interamente nulla », l'articolo 1034 ha avuto soprattutto in mira la nullità di cui quest'atto si trova infetto riguardo a' figli o discendenti tra' quali sia stata fatta. Relativamente a' figli o discendenti omessi nella divisione, quest'atto non è da considerarsi come semplicemente nullo, ma come non avvenuto. Non havvi divisione per coloro che non abbiano ricevuta alcuna porzione. Confr. Delvincourt, II, 152; Duranton, IX, 643.

(4) Quando anche si rigettasse la opinione indicata nella nota prece-

quali la divisione abbia avuto luogo, possono essi, nel caso di contravvenzione alla regola di che trattasi, reclamare, dopo la morte dell'ascendente, una novella divisione della sua eredità; e quantunque essi non vi sieno ammessi che a condizione di far pronunciare l'annullamento dell'anticipata divisione, pure l'azione di nullità che loro compete a quest'effetto non è, in quanto alla prescrizione, retta dall'art. 1258 del Codice civile. Quest'azione di nullità non si estingue, che coll'azione *familiae erciscundae* dei figli o de' discendenti omessi nella divisione (1).

636. Degli effetti giuridici della divisione di ascendenti.

1. Gli effetti della divisione di ascendente, considerata come titolo di acquisto e come producente trasmissione di' beni che ne formino l'oggetto, vanno determinati giusta i principii che reggono le disposizioni tra vivi o testamentarie, secondochè questa divisione abbia avuto luogo o per donazione o per testamento (2).

Laonde, allorchè la divisione venga effettuata mercè donazione tra vivi, essa trasmette attualmente ed irrevocabilmente la propric-

dente, e si ammettesse che la divisione sia soltanto colpita di nullità riguardo a coloro medesimamente che non vi sieno stati compresi, sarebbe sempre forza di riconoscere che l'azione di nullità, la quale, giusta un tale sistema, essi si troverebbero nella necessità di istituire onde provocare una nuova divisione, non si prescriverebbe con dieci anni, conformemente all'artic. 1258: perchè la disposizione eccezionale di quest'articolo non si applica punto alle azioni con cui una persona domandi la ritrattazione di un atto nel quale ella non sia parte. Adunque, quest'azione di nullità non si estinguerebbe che colla stessa azione *familiae erciscundae*. Conf. Delv. e Duranton, *luogo cit.*

(1) Se l'art. 1034 accorda anche ai figli, i quali sieno stati compresi nella divisione, il diritto di provocarne la nullità, lo accorda per dar loro i mezzi da uscire dallo stato d'incertezza, in cui, in mancanza di un somigliante diritto, essi sarebbero obbligati di rimanersene insino che l'azione *familiae erciscundae*, competente ai figli omessi nella divisione, non sarebbe prescritta. Conchiudesi da ciò, che fino a quando l'azione di divisione sia aperta a favore di questi ultimi, l'azione di nullità sussiste ugualmente in favore dei primi. Duranton, IX, 636. Delv. II, 252.

(2) Risulta dall'artic. 1032 che la divisione di ascendente è, secondo il genere della disposizione per mezzo della quale siasi fatta, sottoposta non solamente alle « formalità e condizioni », ma ancora alle « regole », prescritte, sia per le donazioni tra vivi, sia pe' testamenti. Così dev' essere soprattutto in ordine alle regole le quali determinano gli effetti ed i pesi della trasmessione dei beni compresi nella divisione di ascendente. Una divisione non essendo di per sè medesima che dichiarativa e non traslativa di diritti, è mestieri, onde determinare le conseguenze della trasmessione dei beni, la quale essa suppone preesistente, attenersi al titolo di questa trasmessione; e questo titolo non può essere altro che la donazione o il testamento che contenga la divisione di ascendente.

tà de' beni che vi si trovino compresi (1). La medesima rescissione di una tale divisione, per causa di lesione di più del quarto, non farebbe rientrare nelle mani dello ascendente la proprietà de' beni che ne formino l'oggetto. Per contrario, la trasmessione de' beni compresi in una divisione effettuata mercè testamento è subordinata alla morte dell'ascendente, il quale rimane fino a tal punto l'arbitro di rivocare a suo piacere una simile divisione, conformemente alle disposizioni degli art. 900 e seguenti (2). Nondimeno, l'alienazione di qualcuna delle cose comprese nella divisione non ne produrrebbe, in generale, la rivocazione, eccetto se, per effetto di tale alienazione, l'operazione intera si trovasse disnaturata (3).

Quindi ancora, i discendenti, tra' quali un ascendente abbia divisa con donazione tra vivi l'universalità o una parte aliquota de'suoi beni presenti, non sono, a guisa de'legatarii universali o a titolo universale, sottoposti di pieno dritto al pagamento de' debiti del donante esistenti nell'epoca della divisione (4). Ma altrimenti è, quando la divisione sia stata ef-

(1) Delvincourt, II, 150; Toullier, V, 808. Grenier, I, 393. Duranton, IX, 626 e 627.

(2) Delvincourt, Toullier e Grenier, *luoghi cit.* Duranton, IX, 622, 6 e 7.

(3) Sembraci impossibile, da un canto, l'ammettere che l'alienazione di una porzione poco considerevole delle cose comprese nella divisione debba necessariamente e sempre produrne la rivocazione; e, dall'altro canto, il sostenere che l'alienazione di una porzione notevole di queste cose non importi giammai rivocazione della divisione. La quistione di sapersi, se le alienazioni fatte dall'ascendente producano o no rivocazione, è una quistione di fatto e d'intenzione, la quale dev'essere estimata secondo le circostanze.

(4) La divisione mediante donazione non potendo essere assimigliata nè all'antica dimissione di beni, nè ad una istituzione contrattuale, e non costituendo, anche quando essa versasse sulla universalità o sopra una parte aliquota dei beni presenti dell'ascendente, altro che una trasmessione tra vivi di cose individualmente riguardate, i discendenti tra' quali essa siasi fatta son da considerarsi, non come successori universali, ma come semplici successori particolari, i quali non sono, in generale, tenuti di pieno dritto a' debiti del loro autore. In una parola, la quistione speciale di cui qui trattasi dev'essere risoluta secondo i principii, i quali regolano la quistione generale che noi abbiamo esaminata. Questo altresì è quel che riconoscono, esplicitamente o implicitamente, tutti gli autori che si decidono in favore o contro della proposizione enunciata nel testo, secondo la soluzione che essi adottano su questa ultima quistione. Confr. Toullier, V, 816 ed 817; Favard, *Rep.*, v. Divisione d'ascendente, n. 3; Delvincourt, II, 151; Grenier, I, 395; Duranton, IX, 630. Oltre le autorità citate altrove, si può ancora consultare in favore della nostra opinione: Douai, 12 febbraro 1840, Sir., XL, 2, 393. In senso contrario: Limoges, 20 aprile 1817, Sir., XVII, 2, 164; Agen, 14 giugno 1837, Sir., XXXIX, 2, 490. Del resto, intendesi bene, che, anche nel sistema contrario a quello che noi abbiamo ammesso, i di-

fettuata con testamento. Gli è altresì da notare, che la divisione testamentaria, la quale versi sopra l'universalità o sopra una parte aliquota de' beni lasciati dall'ascendente, benchè conferisce a' discendenti, trai quali essa siasi operata, il titolo di legatarii universali a titolo universale, pur nondimeno non toglie loro, nè la qualità di eredi *ab intestato*, nè la investitura ereditaria, e li lascia così per conseguenza sotto la influenza delle obbligazioni che siffatta investitura impone, relativamente al pagamento de' debiti e de'pesi dell'eredità. Questi discendenti adunque sono tenuti, anche *ultra vires haereditarias* al pagamento di tali debiti, eccetto se renunziino alla successione *ab intestato*, o l'accettino non altrimenti che col benefizio dell'inventario (1).

2. Gli effetti della divisione di ascendente, riguardata come atto di ripartizione de' beni che vi si trovino compresi, ed in quanto ai rapporti rispettivi de' discendenti tra' quali siasi fatta, sono gli stessi di quelli della divisione in generale (2). Così, la divisione di ascendente non è, come non lo è ogni altra divisione, sottoposta all'azione risolutoria per mancanza di pagamento de' pareggimenti di quota che vi si trovino stipulati. Così ancora, il privilegio stabilito dagli art. 1972 n. 3, e 1995, si applica tanto alle divisioni anticipate fatte da un ascendente tra' suoi discendenti, quanto alle divisioni fatte dopo morte tra coeredi (3). Finalmente, i discendenti tra' quali abbia luogo una divisione di ascendente sono egualmente sottoposti, gli uni verso gli altri, alla garentia di tale divisione (4). Per determinare l'estensione di siffatta garentia, conviene, allorchè la divisione sia stata effettuata con testamento, riportarsi all'epoca della morte dell'ascendente, in guisa che se quest'ultimo avesse, posteriormente alla divisione, alie-

scendenti donatarii non sarebbero tenuti a' debiti dell'ascendente donante, i quali non avessero acquistata data certa prima della donazione. Delvincourt e Grenier, *luoghi cit.* Duranton, IX, 629. Agen, 14 novembre 1842, Sir., XLII, 2, 164.

(1) Toullier, V, 816. Grenier, *luogo cit.*

(2) È cosa evidente, che, sotto lo aspetto di cui qui trattasi, la divisione di ascendente non è più da riguardarsi come un atto di liberalità, e dee per conseguente essere regolata dai principii della divisione in generale.

(3) Grenier, I, 403. Il termine di sessanta giorni, onde prendere l'iscrizione necessaria alla conservazione di tale privilegio, corre a partire dalla divisione, allorchè questa sia stata fatta mercè donazione tra vivi, ed a partire dalla morte dell'ascendente, allorchè essa abbia avuto luogo mercè testamento. Nondimeno, se l'uno o l'altro dei discendenti avesse ignorata l'esistenza del testamento, sembrerebbe che il termine non dovesse decorrere, riguardo a lui, che dal giorno in cui egli ne avesse acquistata conoscenza.

(4) Confr. artic. 804 ad 806. Delvincourt, II, 132; Chabot, sull'artic. 804, n. 9; Toullier, V, 807; Grenier, I, 394; Duranton, IX, 633.

nale cose che facevano parte della quota di uno de' suoi discendenti, la garentia delle cose alienate sarebbe dovuta a questo discendente, allo stesso modo che se si trattasse di cose delle quali l'ascendente non fosse stato proprietario all' epoca della divisione (1).

D'altronde, va bene inteso, che in caso di alienazione totale delle cose comprese nella quota di uno de' discendenti, questi sarebbe autorizzato a dimandare la nullità della divisione per causa di omissione, e che in caso di alienazione parziale egli potrebbe, secondo le circostaze, far dichiarare rivocata tale divisione, o dimandarne la rescissione per causa di lesione.

657. **Del dritto d'impugnare la divisione per causa di lesione, o per pregiudizio recato alla riserva.**

1. La divisione di ascendente può, come ogni altra divisione, essere impugnata per via di rescissione (2) a causa di lesione di oltre un quarto; vale a dire, nel caso in cui il valore delle cose comprese nella quota di uno de' discendenti sia inferiore di più d'un quarto all'ammontare della porzione ereditaria che egli avrebbe dovuto ricevere (3). Art. 1035.

Quest' azione di rescissione si appartiene ad ogni discendente leso di oltre un quarto per effetto della divisione, e non compete che a lui solo (4).

(1) Indarno direbbesi, onde respingere questa applicazione del principio della garentia, che quando la divisione abbia luogo per testamento, l'ascendente sia l'arbitro di rivocarla a suo piacimento in tutto o in parte, tanto in un modo espresso, quanto in un modo tacito; e che la alienazione di determinate cose comprese nella quota di uno dei suoi discendenti costituisca, conformemente all'art. 993, una rivocazione tacita e parziale del legato fatto a costui, e non potrebbe per conseguente dar luogo a veruna garentia. Il vizio di questa obiezione consisterebbe nel falso punto di veduta nel quale altri si collocherebbe, in considerando la divisione di ascendente come un atto di liberalità, mentre essa dev' essere riguardata come un atto di uguaglianza, semprechè si tratti di valutare i rapporti rispettivi de' discendenti che siano chiamati a prenderví parte, e gli effetti della ripartizione, tra questi discendenti, de' beni che vi si trovino compresi.

(2) Vuolsi notare, che l'art. 1035 non qualifica l'azione in virtù della quale la divisione di ascendente può essere impugnata per lesione di più di un quarto. Ma risulta dalla natura stessa delle cose, e dalla combinazione del citato articolo con gli art. 807, comma 2, 808 ed 811, essere quest' azione un' azione di rescissione.

(3) Confr. art. 807 e seg.

(4) Così, i discendenti lesi di meno di un quarto non possono impugnare la divisione, quando colui il quale abbia risentita una lesione di oltre un quarto non si dolga punto. Ma se la divisione venga rescissa a domanda di quest'ultimo, e se, per non avere il reo convenuto fatto uso della facoltà stabilita dall' art. 811, venga proceduto ad una nuova divisione, i discendenti lesi di meno di un quarto profitteranno del ristabilimento della indivisione. Duranton, IX, 651.

La lesione non si estima che avuto riguardo alle cose formanti la materia della divisione, e non già relativamente alla massa totale de' beni che componevano il patrimonio dell' ascendente. Da ciò siegue, che il discendente il quale avesse ottenuti i tre quarti della sua porzione ereditaria nelle cose divise, non potrebbe impugnare la divisione per causa di lesione, neppure quando, per effetto delle disposizioni a titolo gratuito fatte dall' ascendente, egli non avesse raccolti i tre quarti di siffatta porzione nella massa totale de' beni di quest'ultimo (1). Ne siegue altresì, che il discendente, il quale non avesse conseguiti i tre quarti della sua porzione ereditaria nelle cose divise, sarebbe ammesso ad impugnare la divisione per causa di lesione, benchè per effetto di una disposizione a titolo di precapienza, fatta a suo vantaggio, egli avesse raccolto più di tre quarti di tale porzione nella massa totale dei beni dell' ascendente (2).

Del resto, per valutarsi la lesione e per valutarsi i beni compresi nella divisione, seguonsi le disposizioni dell'artic. 810. L'attore nella domanda di rescissione è obbligato di fare l'anticipazione delle spese di apprezzo, che egli sopporterà nel diffinitivo al pari che le spese della lite, se il richiamo non sia fondato (3). Art. 1036.

L'azione di rescissione ha per oggetto l'annullamento della divisione fatta dall'ascendente, riguardata come atto di ripartizione, e per conseguenza il ristabilimento, tra' discendenti che vi abbiano figurato, della indivisione de' beni che vi si trovino compresi (4). Il giudice adito per una simile azione non può, dopo d'aver riconosciuta l'esistenza d'una lesione eccedente il quarto, limitarsi ad ordinarne la riparazione, mantenendo ferma pel dippiù la divisione impugnata: egli deve mettere nel nulla quest'atto pel tutto (5). L'indivisione trovandosi per

(1) Duranton, IX, 648. Ma questo discendente potrebbe, secondo le circostanze, impugnare la divisione per via di azione di riduzione a causa di pregiudizio recato alla sua riserva.

(2) Così, il figlio donatario a titolo di precapienza del quarto disponibile, può impugnare, per causa di lesione, una divisione di ascendente colla quale egli pretenda di essere stato leso di oltre un quarto su' tre quarti componenti la riserva, e formanti l'oggetto di questa divisione. Caen. 21 marzo 1838, Sir., XXXVIII, 2, 419.

(3) L' art. 222 del Codice di procedura non è adattabile in similiante caso: *Per legem generalem, speciali non derogatur.* Duranton, IX, 660.

(4) La rescissione della divisione che siasi effettuata per donazione tra vivi, quando anche fosse stata pronunziata durante la vita dell'ascendente donante, non produce l'effetto di rivocare la trasmessione della proprietà dei beni compresi nella divisione, e non li fa rientrare nella massa di quest'ascendente.

(5) L'azione di rescissione, di cui qui trattasi, dee produrre gli effetti che trae seco, in generale, ogni azione di rescissione, appunto perchè l'artic. 1035, il quale la stabilisce, non l' ha sottoposta, in rapporto a'

tal modo ristabilita tra' compartecipanti, ciascuno di loro è autorizzato, da un canto, a dimandare una nuova divisione, ed obbligato, dall' altro canto, a conferire nella massa le cose comprese nella sua quota. La rescissione della divisione non trae seco quella delle liberalità a titolo di precapienza, che contenga, a vantaggio dell'uno o dell'altro dei compartecipanti, l'atto istrumentario il quale compruova siffatta divisione; purchè esse non sieno il risultamento delle operazioni stesse della divisione e non si confondano con questo atto giuridico (1). Le liberalità di tal genere sono anche da riguardarsi come virtualmente fatte a titolo di precapienza, e per conseguenza come dispensate da collazione, malgrado la rescissione della divisione, semprechè non sieno state ad essa collazione espressamente o implicitamente sottoposte (2).

ciò, ad alcuna modificazione. Adunque il giudice deve, quando riconosca che l'attore sia stato leso d'oltre un quarto, pronunziare la rescissione della divisione; ed ei non può di ufficio, vale a dire, fuori del caso in cui il reo conveuuto avesse formalmente offerta una indennità sufficiente per far disparire la lesione, limitarsi ad ordinare la riparazione di essa lesione, Delvincourt, II, 161. Confr. altresì: Grenier, I, 401. Duranton, IX, 651 a 653. Questi due autori non si occupano specialmente della quistione di cui qui trattiamo: essi considerano come fuori di ogni controversia la soluzione che noi abbiamo adottata. Vedi nondimeno in senso contrario: Zachariae § 657. I due arresti della Corte di cassazione. Ric. rig., 24 luglio 1828, Sir., XXVIII, 1, 281, e Ric. rig., 6 giugno 1834, Sir., XXXV, 1, 58. che il nostro autore invoca in appoggio della sua opinione, statuiscono sopra specie differenti da quella che noi di presente abbiamo in mira. Il primo è stato pronunziato in una ipotesi affatto speciale, di cui sarà trattato più sotto. Nel secondo non trattavasi già di un'azione di rescissione per causa di lesione, ma sibbene di un'azione di riduzione per eccesso della quota disponibile.

(1) Delvincourt, II, 162. Toullier, V, 812.

(2) Allorchè, nell' atto medesimo col quale l'ascendente proceda alla divisione di tutti o di parte de' suoi beni tra' suoi discendenti, egli doni o leghi ad uno di essi una cosa qualunque al di là della porzione di lui, quest' ascendente manifesta evidentemente, mercè la correlazione che egli stabilisce tra la liberalità e la divisione, comprendendole in un solo e medesimo atto istrumentario, la intenzione di escludere dalla divisione da farsi dopo la sua morte, non solamente i beni alla partecipazione dei quali egli chiami tutti i suoi discendenti, ma ancora la cosa con cui egli gratifichi specialmente uno di essi. Non potrebbesi certamente, nel caso in cui la divisione fosse mantenuta ferma, domandare dopo la morte dell'ascendente, e per applicazione dell'articolo 1033, la divisione di questa cosa, la quale appunto perciò è da considerarsi come stata donata o legata a titolo di precapienza. Debb' essere adunque lo stesso nel caso in cui la divisione venga rescissa; perciocchè questa rescissione non reca, come tutti ne convengono, alcuna offesa alle liberalità a titolo di precapienza, che racchiuda l' atto istrumentario con cui sia stato proceduto alla divisione. Vedi nondimeno: Duranton, IX, 652.

Del resto, il convenuto coll'azione di rescissione gode, conformemente alle regole del dritto comune ed alla disposizione dell'artic. 811, del diritto d'arrestare il corso di tale azione, ed anche d'impedire una nuova divisione, offrendo all'attore il supplimento della sua porzione ereditaria, sia in danaro, sia in ispecie (1).

L'azione di rescissione, cui trovisi sottoposta una divisione di ascendente, si prescrive con dieci anni, conformemente all'art. 1238, allorchè la divisione sia stata fatta mercè donazione tra vivi. Questi dieci anni cominciano a decorrere dal giorno stesso in cui la divisione sia divenuta perfetta mediante l'accettazione de' donatarii, e non già solamente a contare o dallo scoprimento della lesione, o dalla morte dell'ascendente (2). Sarebbe lo stesso, quando ancora quest'ultimo si avesse riservato l'usufrutto de' beni divisi (3). Se, per contrario, la divisione sia stata fatta mercè testamento, l'azione di rescissione non si prescrive che con trent'anni a contare dalla morte dell'ascendente (4).

(1) Toullier, V, 804. Grenier, I, 401. Duranton, IX, 631. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Divisione di ascendente, num. 404. Grenoble, 25 novembre 1824, Sir., XXV, 2, 171. Lione, 22 giugno 1825, Sir., XXV, 2, 366. Tolosa, 11 giugno 1836, Sir. XXXVI, 2, 536. Vedi in senso contrario: Tolosa 21 agosto 1833, Sir., XXXIV, 2, 123.

(2) Oltre le autorità citate in siffatta nota, possonsi ancora consultare nel senso della opinione emessa nel testo: Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, voc. Divisione di ascendente, n. 102; Tolosa, 15 maggio 1838, Sir., XXXIX, 2, 50; Grenoble, 30 luglio 1839, Sir., XL, 2, 204; Grenoble, 6 maggio 1842, Sir., XLII, 2, 433; Nimes, 12 luglio 1842, Sir., XLII, 2, 465. In senso contrario: Solon, *delle Nullità*, II, 490; Caen, 15 giugno 1835, Sir., XXXVIII, 2, 521; Nimes, 17 marzo 1841, Sir., XLI, 2, 335.

(L'azione di nullità di una divisione di ascendente fatta per atto tra vivi si prescrive con dieci anni, a partire dalla stipulazione dell'atto, soprattutto quando il vizio sia stato conosciuto sin dal principio, e l'atto abbia ricevuta la sua esecuzione. Brusselles, 24 luglio 1843, *Giur. di B.* 1845. Brusselles, cass., 7 agosto 1845, *Bull.* 1846).

(3) È stato nondimeno giudicato dalla Corte reale di Bordeaux (26 luglio 1838, Sir., XXXIX, 2, 51), che i dieci anni non corrano, in somigliante caso, se non che a partire dalla cessazione dell'usufrutto, sotto il pretesto che soltanto dopo quest'avvenimento l'azione di lesione possa essere esercitata liberamente e con cognizione di causa. Ma questa allegazione è senza fondamento. Il diritto di nuda proprietà, il quale si apre nell'istante medesimo della divisione in vantaggio di ciascuno dei compartecipanti, li mette di fatto e di dritto nella posizione di prendere tutte le informazioni necessarie, onde verificare l'esistenza della lesione, e loro dà tutta la libertà fisica e giuridica necessaria per intentare l'azione di rescissione, a cui un tal vizio dà apertura.

(4) È generalmente riconosciuto, che la prescrizione non corre, in somigliante caso, salvochè dal giorno della morte dell'ascendente, il che possa anche essere sospesa fino al discoprimento del testamento, e quale contenga la divisione. La ra-

L'azione di rescissione è parimente non più ammessibile, allorchè dopo l'apertura di tale azione, vale a dire, dopo la morte dell'ascendente, o dopo l'accettazione della divisione, secondochè siasi a tale divisione proceduto per testamento o per donazione tra vivi (1), quest'atto sia stato confermato espressamente o tacitamente (2). Del resto, la quistione di supersi se l'alienazione fatta dal discendente leso, di tutte o di parte delle cose comprese nella sua quota, ingeneri o no un fine di rescissione per causa di lesione, dev'essere risoluta secondo i principii sviluppati nella teoria delle successioni (3).

Finalmente, allorchè nell'ammogliare uno de' suoi figli, il padre si obblighi col contratto di matrimonio a lasciargli una porzione eguale a quella degli altri (4), e proceda dappoi ad una divisione il cui risultamento sia

gione si è, che un'azione non comincia a prescriversi, se non che dal momento in cui essa sia aperta per dritto, ed in cui divenga nel fatto possibile lo esercitarla. Quanto al termine medesimo della prescrizione, Duranton (IX, 646) e Zachariae insegnano, contrariamente alla opinione emessa nel testo, che esso sia solamente di dieci anni. Applicando le disposizioni dell'art. 1238 all'azione di rescissione diretta contro una divisione fatta mercè testamento, questi autori hanno perduto di vista che la prescrizione di dieci anni, stabilita dal citato articolo, non concerne le azioni di nullità o di rescissione intentate contro atti diversi dalle convenzioni. Benchè la divisione di ascendente fatta mercè testamento produca, in generale, gli stessi effetti che una divisione convenzionale, essa nondimeno non è la conseguenza di una convenzione, perchè procede dalla sola volontà dell'ascendente; e però lo spirito e la lettera dell'artic. 1258 ostano ugualmente che si estendano le disposizioni eccezionali di quest'articolo coll'azione di rescissione diretta contro un somigliante atto.

(1) L'accettazione della divisione che un ascendente abbia fatta per atto tra vivi non importa, più che il concorso ad una divisione convenzionale, una conferma la quale renda non ammessibile l'azione di rescissione per causa di lesione. Delvincourt, II, 130. Duranton, IX, 645. Tolosa, 3 dicembre 1843, Sir., XLV, 2, 247. Ma, l'esecuzione della divisione dopo la sua accettazione costituisce una conferma tacita di questo atto, e forma per conseguenza ostacolo all'ammissibilità dell'azione di rescissione. Egli è così, anche quando questa esecuzione avesse avuto luogo durante la vita dell'ascendente donante. Giudicando il contrario, con decisione del 15 giugno 1835 (Sir., XXXVIII, 2, 521), la Corte reale di Caen ha erroneamente estesi alla esecuzione della divisione, principii i quali concernono solamente la sua accettazione, e fallacemente applicate le disposizioni dell'articolo 1294. Del resto, la sua opinione su questo punto si rannoda a quella che, con la medesima decisione, ella ha adottata intorno alla quistione di prescrizione, e che, di accordo con la giureprudenza e con la dottrina dei migliori autori, noi abbiamo respinta nella nota di supra.

(2) Confr. artic. 1292; Caen, 26 maggio 1843, Sir., XLIII, 2, 575.

(3) Bordeaux, 26 luglio 1838, Sir., XXXIX, 2, 51.

(4) La validità di una somigliante promessa trova la sua giustificazio-

di violare l'uguaglianza, senza però dar luogo ad una lesione di più di un quarto, il figlio leso non è per verità ammessibile a dimandare la rescissione della divisione (1), ma egli ha dritto, ove il pregiudizio da lui risentito sia di qualche importanza, ad una indennità compensativa di tal pregiudizio (2).

2. Indipendentemente dall'azione ordinaria, per mezzo della quale i discendenti sono ammessi a dimandare la riduzione delle liberalità dirette, contenute nell'atto di divisione, allorchè esse rechino per sè medesime offesa alla riserva, la legge accorda loro altresì un' azione di riduzione (3) speciale (4), in virtù del-

ne nelle disposizioni degli articoli 1037 e 1039.

(1) Vedi nondimeno: Limoges, 29 febbraio 1832, Sir., XXXII, 2, 282. Questa decisione non è perfettamente contraria alla opinione che noi difendiamo; perchè non ostante che dichiari la semplice lesione sufficiente per far pronunziare la rescissione della divisione impugnata, si è però limitata a ristabilire l' uguaglianza, mediante una indennità pecuniaria, senza ordinare una nuova divisione.

(2) Duranton, IX, 655. Ric. rig., 24 luglio 1828, Sir., XXVIII, 1, 2[illegible].

(3) Gli autori non si spiegano in un modo positivo intorno alla natura dell'azione di cui al presente qui trattasi; ma sembra risultare dalla assimilazione che essi stabiliscono, sotto diversi rapporti, tra le due azioni delle quali vien fatta menzione nell'art. 1035, che essi considerano la seconda come un'azione di rescissione analoga alla prima. Conf. Delvincourt, II, 161 e 162; Grenier, II, 401; Duranton, IX, 644 a 646, 650 e 651. Tale però non è il nostro avviso. Benchè il legislatore abbia riunite in un medesimo articolo due azioni, per mezzo delle quali la divisione di ascendente può essere impugnata, non potrebbesi nundimeno concludere da ciò, essere stata sua intenzione lo assimilarle l' una all' altra. Attinte da fonti differenti, queste due azioni, che il legislatore si è astenuto dal qualificare, debbono essere estimate secondo la diversità della loro origine e del loro fondamento. E per tale estimazione è mestieri, per quanto lo comporti il dritto eccezionale nel quale queste azioni sono state trapiantate, ricorrere al diritto comune d'onde sono state tolte a prestito. Se, giusta siffatti dati, la prima delle azioni, di che l'articolo 1035 si occupa, costituisce un' azione di rescissione per causa di lesione, deesi, giusta gli stessi dati, ravvisare nella seconda un' azione di riduzione per offesa alla riserva.

(4) L' erede, il quale non abbia ricevuto dal defunto se non che liberalità inferiori alla quota disponibile, non è passibile dell' azione di riduzione, anche quando pel risultamento combinato di tali liberalità o di una divisione fatta dopo la morte di quest'ultimo, egli abbia conseguiti vantaggi eccedenti siffatta quota. La ragione si è, che essendo la divisione, in questo caso, l'opera del defunto, è impossibile il ravvisarvi una liberalità mascherata. Benchè questa impossibilità cessi quando trattisi di una divisione anticipata fatta dal defunto medesimo, tale circostanza non sarebbe stata sufficiente per dare adito ad un'azione di riduzione, se fossesi rimasto ne' termini del dritto comune, vale a dire, se fosse cercata la spiegazione del vantaggio risultante dalla divisione in una falsa estimazione fatta dall'ascendente del valore rispettivo delle cose divise. Ma il legislatore è partito da un'idea

la quale essi possono impugnare la divisione istessa, quando dalla composizione delle quote, congiunta colle liberalità a titolo di precapienza fatte a favore di uno de' con-partecipanti, risulti, che quest'ultimo abbia ricevuto un vantaggio eccedente la quota disponibile. Art. 1035.

L'azione di riduzione di cui è qui discorso è fondata su di una presunzione legale assoluta, che il vantaggio, il quale di fatto discenda dalla composizione delle quote, non sia già l'effetto di un errore da parte dell'ascendente, ma che se ne debba ravvisare la causa nell' intenzione in cui era quest'ultimo di gratificare per tal mezzo il con-partecipante verso del quale abbia egli esercitata la sua liberalità in un'altra maniera ancora (1).

Quest'azione di riduzione non è ammessibile se non nel caso in cui, indipendentemente dal vantaggio indiretto che presenti la composizione delle quote, esistano disposizioni a titolo di precapienza, fatte a favore del con partecipante chiamato a profittare del detto vantaggio (2). Essa dunque non è ammessa, nè nel caso in cui, in mancanza di ogni

affatto opposta. Egli ha immaginato che non altrimenti che colla intenzione di vantaggiare colui fra' suoi discendenti, pel quale abbia segnalata la sua predilezione mercè altre liberalità, l'ascendente abbia attribuita a costui una quota di un valore maggiore di quelle degli altri suoi discendenti. Questa supposizione è stata elevata a presunzione legale; ed in questa presunzione appunto risiede il carattere distintivo e speciale dell' azione di riduzione apprestata dall'art. 1035.

(1) *Discussione presso il consiglio di Stato* (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 30); Ved. Grenier, 1, 399.

(2) La divisione di ascendente non è, per regola generale, riguardata come un atto di liberalità. Il vantaggio indiretto, che di fatto l' uno o l'altro dei con-partecipanti, consegua pel risultamento della composizione delle quote, non si reputa essergli stato fatto coll' intenzione di avvantaggiarlo, se non quando questa intenzione trovisi manifestata mercè altre liberalità fatte in suo favore a titolo di precapienza. Adunque, fuori di questo caso, la divisione non può essere altrimenti impugnata che per via di azione di riduzione a causa di eccesso della quota disponibile. Grenier, 1, 393. Grenoble, 30 luglio 1839, Sir., XL, 2, 204. Confr. Toullier, V, 808; Ric. rig., 4 febbr. 1845, Sir., XLV, 1, 305. Nella specie giudicata da tale arresto, la Corte di cassazione ha perduto di vista che l'ammessibilità dell'azione di riduzione, di cui qui trattasi, è subordinata alla esistenza di liberalità a titolo di precapienza in pro del figlio il quale sia stato inoltre avvantaggiato mercè la divisione. Movendo dalla idea erronea che l'azione, sulla quale ella doveva spiegarsi, costituisce una domanda di riduzione, questa Corte è caduta in un secondo errore, stabilendo per principio che l' azione di riduzione si prescriva con dieci anni, come quella di rescissione. Ma questo arresto, benchè malamente motivato, è stato ben pronunziato nel merito; perchè l'azione di cui trattavasi non era e non poteva essere, salvochè una semplice azione di rescissione, cui gli attori avevano qualificata azione di riduzione, per isfuggire dalla prescrizione dell'art. 1258.

altra disposizione a titolo gratuito, l'offesa recata alla riserva risulti esclusivamente dalla divisione (1), nè nel caso in cui le disposizioni a titolo gratuito, il cui risultamento combinato con quello della divisione eccedesse la quota disponibile, non abbiano avuto luogo se non che a favore o di un estraneo, o, a maggior ragione, del discendente il quale pretenda di avere a dolersi della composizione delle quote (2). Ma importa poco, per l'ammessibilità dell' azione di riduzione che la disposizione a titolo di precapienza, fatta a vantaggio di uno dei con-partecipanti, abbia avuto luogo nell'atto stesso il quale contiene la divisione, o che essa si trovi essere, sia anteriore, sia anche posteriore alla divisione (3).

Del resto, e salve le disposizioni dell' art. 1036, le quali si applicano ugualmente alla ipotesi attuale, l'azione di riduzione apprestata dall'art. 1035 è retta dagli stessi principii che l'azione di riduzione ordinaria. Quindi, tale azione non ha per oggetto la rescissione totale della divisione, ma soltanto la riduzione de' vantaggi eccedenti la quota disponibile (4). La eccedenza si divide tra' discendenti avvantaggiati e gli altri con-partecipanti, come successione *ab intestato* (5). Conf. art. 1033. Così ancora, il conve-

(1) Duranton, IX, 649 e 650.

(2) Così, il figlio donatario a titolo di precapienza del quarto disponibile non può impugnare la divisione per via di azione di riduzione a causa di una lesione minore del quarto, risultante dalla composizione delle quote, sotto il pretesto che la quota disponibile essendogli stata donata a titolo di precapienza, il vantaggio, che gli altri con-partecipanti ottengano per effetto del maggior valore delle loro quote, costituisca un' offesa recata alla riserva. Caen. 21 marzo 1838, Sir., XXXVIII, 1, 419.

(3) Confr. *Discussione presso il consiglio di Stato* (Locrè, *Legisl.*, t. XI, n. 30).

(4) Delvincourt (II, 161 e 162) e Duranton (IX, 650) ammettono che siavi luogo, in questo caso, alla rescissione totale della divisione, perchè confondono, quanto ai risultamenti, le due azioni di cui si occupa l'art. 1035. Ma a noi sembra impossibile lo assomigliare gli effetti giuridici di due azioni, le quali sono poggiate sopra fondamenti diversi. L' azione di rescissione è fondata sulla lesione, vale a dire, su di un vizio che infetta la divisione come tale. L'azione di riduzione è fondata sull'offesa recata alla riserva, cioè su di un vizio che infetta ben meno la divisione propriamente, quanto il vantaggio indiretto che essa contenga. Or se il primo di questi vizii è di natura tale da produrre il totale annientamento della divisione, altrimenti deve essere del secondo. Confr. altresì: Lione, 22 giug. 1825, Sir., XXV, 2, 336.

(5) Duranton (IX, 654) insegna, che l'eccesso della quota disponibile debba essere rilasciato dal disponente avvantaggiato agli altri con-partecipanti, i quali sel distribuiscono come successione *ab intestato*. Da ciò risulterebbe, che il convenuto coll' azione di riduzione sarebbe escluso da ogni partecipazione alle cose che rientrassero nella massa divisibile per effetto della riduzione. Ma questa conseguenza è evidentemente inammessibile; ed è avvenuto

nuto coll'azione di riduzione non può arrestarne il corso mercè l'offerta di una indennità pecuniaria, e l'attore ha diritto, salvochè però se si versi nel caso eccezionale preveduto dall'art. 785, ad un supplimento in corpi ereditarii (1). Sarebbe lo stesso, quando ancora l'ascendente avesse manifestata una volontà contraria nella divisione (2). Finalmente, quest'azione non si prescrive che con trent'anni, i quali non cominciano a decorrere che dalla morte dell'ascendente, senza che siavi, riguardo a ciò, alcuna differenza a fare tra 'l caso in cui la divisione sia stata fatta mercè testamento, e quello in cui sia stata effettuata mediante donazione tra vivi (3).

probabilmente per inavvertenza che Duranton si è espresso come egli ha fatto.

(1) Riom, 25 aprile 1818, Sir., XX, 2, 278 Vedi in senso contrario: Lione, 22 giugno 1825. Sir., XXV, 2, 366. Zachariae (§ 656), Grenier (I, 401) e Duranton (IX, 651 e 652) sembra che ugualmente ammettano, l'offerta di una indennità pecuniaria essere sufficiente per arrestare il corso dell'azione di riduzione. Questa opinione è altresì una conseguenza della confusione che questi autori hanno fatta tra l'azione di rescissione per causa di lesione, e l'azione di riduzione per offesa recata alla riserva. Essa dunque non è fondata, in conclusione, che sopra una fallace applicazione dell'artic. 811, e sopra la violazione del principio che gli eredi di riserva possono pretendere in ispecie la quota di beni riservata in loro favore, senza essere obbligati di accontentarsi del valore estimativo di questi beni.

(2) Rouen, 14 giugno 1836, Sir., XXXVI, 2, 496.

(3) È cosa incontrastabile, che la prescrizione dell'azione di riduzione non corre se non a partire dalla morte dell'ascendente, non solo nel caso in cui la divisione sia stata fatta per testamento, ma ancora nel caso in cui essa abbia avuto luogo per donazione tra vivi; perciocchè nell'uno come nell'altro di tali casi, la divisata azione non apresi che per effetto di quest'avvenimento. Articolo 837. Montpellier, 25 magg. 1842, Sir., XLII, 2, 523. Vedi nondimeno: Ric. rig., 4 febbr. 1844, Sir., XLV, 1, 305. Quanto alla durata di quest'azione, Zachariae (§ 657) la restringe a dieci anni, per applicazione dell'articolo 1258, Duranton (IX, 644, 647) sembra essere dello stesso sentimento. Vedi nel medesimo senso il citato arresto della Corte di cassazione. Questa opinione è sempre il risultamento della confusione che noi abbiamo precedentemente notata. Gli autori che abbiamo testè citati non hanno posto mente, che se l'attore nell'azione di rescissione di una divisione effettuata per donazione tra vivi agisce come parte contraente, e trovasi per conseguenza sottoposto alla prescrizione stabilita dall'articolo 1258, l'attore nell'azione di riduzione de' vantaggi conferiti con una somigliante divisione agisce come erede di riserva, vale a dire come terzo, e non può per conseguenza essere colpito da tale prescrizione. L'azione di riduzione, che egli eserciti, è una vera azione di petizione di eredità, la quale è sottoposta solamente alla prescrizione di trent'anni.

DELLE DISPOSIZIONI FATTE PER CONTRATTO DI MATRIMONIO.

658 *Introduzione.—Delle disposizioni fatte per contratto di matrimonio.* a) *Generalità.*—658 bis. *Delle disposizioni per contratto di matrimonio in quanto alle persone capaci di ricevere ed in quanto alla forma.* 659 *Delle disposizioni per contratto di matrimonio, in quanto concerne i beni suscettivi di formarne l' oggetto, ed i modi sotto dei quali esse possono esser fatte.* 660 *Delle disposizioni per contratto di matrimonio, in quanto concerne la loro rivocazione e la loro caducità.*

658. Introduzione,

Ad esempio del dritto antico, il Codice civile ha ammesso in favore del matrimonio ed in considerazione della natura speciale del contratto che abbia per oggetto il regolare le convenzioni matrimoniali de' futuri coniugi, alcune derogazioni a' principii del dritto comune in materia di donazioni tra vivi.

Queste derogazioni si applicano solamente alle disposizioni fatte, sia da terzi a' futuri coniugi o ad uno di essi, sia dagli sposi l'uno all'altro. Se un contratto di matrimonio contenesse accidentalmente a vantaggio di un terzo una liberalità, fatta, sia direttamente, sia sotto la forma di un peso imposto agli sposi o ad uno di essi, questa disposizione non sarebbe valida, se non in quanto in sè riunisse le condizioni richieste per la validità delle donazioni in generale.

Da un altro lato, le derogazioni di che trattasi non hanno luogo, in generale, e salvo ciò che concerne la non rivocabilità per causa d'ingratitudine (1), se non per le disposizioni contenute in un contratto di matrimonio propriamente detto, o in un atto stipulato giusta la forma prescritta dagli artic. 1350 e 1351. Adunque una donazione, benchè fatta a contemplazione di matrimonio, rimane, quando non sia racchiusa in un contratto di matrimonio, soggetta alle regole ordinarie delle donazioni (2).

(1) Art. 884. Noi non menzioniamo qui nè la disposizione dell'art. 885, nè quella dell'art. 1043, i quali non contengono verun derogazione fondata sul favore del matrimonio. Di fatti, da un canto, le donazioni tra coniugi sono esentate dalla rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli, non solamente quando esse sieno state fatte per contratto di matrimonio, ma anche quando abbiano avuto luogo pendente il matrimonio. Art. 885 e 1050, comma 3; in guisa che non può dirsi che questa esenzione sia fondata sul favore del matrimonio. Da un altro canto l'art. 1043, altro non è se non che un' applicazione del principio, che le donazioni fatte sotto una condizione sospensiva, espressa o tacita, rimangono senza effetto allorchè la condizione non si verifichi punto.

(2) Le derogazioni al diritto comune non possono, di loro natura, essere estese fuori delle ipotesi per

658. **Delle disposizioni per contratto di matrimonio, in quanto alle persone capaci di ricevere, ed in quanto alla forma.**

Si può, per contratto di matrimonio, disporre in favore dei figli che nasceranno dal matrimonio (1). Nondimeno, una somigliante disposizione non è valida, se non in quanto essa sia stata fatta simultaneamente a vantaggio degli sposi o di uno di essi, ed a vantaggio de' figli da nascere. Se essa avesse avuto luogo direttamente ed unicamente in favore di questi ultimi, avrebbesi a riguardare come non avvenuta (2). Art. 1037 e 1038.

Le donazioni per contratto di matrimonio non hanno bisogno di essere espressamente accettate: poco importa che esse siano state fatte agli sposi o ad uno di loro da terzi, ovvero che lo sieno state dagli sposi l'uno all'altro. Art. 1042 (3).

La formalità prescritta dall'art. 872, per la validità delle donazioni tra vivi di cose mobili, non si applica alle donazioni per contratto di matrimonio, le quali abbiano per oggetto tutti o parte dei beni futuri del disponente. Ma tale formalità dev'essere osservata quando trattisi di donazioni di beni presenti, o anche di donazioni fatte al di fuori di un contratto di matrimonio. Duranton, IX, 666, 667 e 672.

le quali si trovino testualmente stabilite. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. Or gli articoli i quali ammettono in favore del matrimonio alcune derogazioni alle regole del diritto comune, suppongono tutti, ad eccezione solamente dell'art. 884, disposizioni fatte per contratto di matrimonio. Confr. artic. 1037, 1038, 1040 (franc.) e 1042. S'egli è vero che queste derogazioni sono fondate sul favore del matrimonio, risulta nondimeno chiaramente dal testo dei citati articoli, che agli occhi del legislatore i motivi di questo favore non si presentano in tutta la loro forza, se non per le disposizioni contenute in un contratto di matrimonio. E questa maniera di vedere si comprende perfettamente; perciocchè siffatto contratto rannodandosi al matrimonio in un modo necessario, è sempre certo che le disposizioni che esso contenga costituiscono, se non la causa determinante, almeno una delle condizioni dell'unione coniugale, dove chè questo punto può rimanere più o meno nella incertezza per le do-

(1) Confr. art. 822 comma 1.

(2) Grenier, II. 409. Delvincourt, sull'art. 1038. Duranton, IX, 665.

(3) Benchè l'art. 1042 si trovi collocato nel cap. VIII, avente per oggetto le donazioni fatte da terzi, esso nondimeno è conceputo in termini generali, i quali comprendono ugualmente le donazioni fatte da uno degli sposi all'altro.

Il motivo sul quale è fondato quest'articolo non permette d'altronde di distinguere fra queste due specie di donazioni. Grenier, II, 445.

(Una donazione fatta a contemplazione di matrimonio, altrimenti che per contratto di matrimonio, è inefficace in mancanza di accettazione espressa.—Gli effetti dati ad una somigliante donazione non ancora accettata non possono essere retroattivamente validi, neanche in virtù dell'accettazione o della ratificazione della donazione da parte del donante. Brusselles, cass. 16 novembre 1836, *Bull.* 1837).

zioni cumulative di beni presenti e di beni futuri, per quanto concerne quelli della prima specie (1).

La trascrizione richiesta dall'art. 863 per la efficacia, riguardo a' terzi, delle donazioni tra vivi d'immobili suscettivi di ipoteche, non concerne punto le donazioni per contratto di matrimonio di tutti o di parte de' beni futuri del donante, e non diviene neppure necessaria dopo la morte di quest'ultimo. Ma tale formalità si applica alle donazioni di tutti o di parte degl'immobili presenti del donante.

Del resto, dev'essere conservata la minuta de' contratti di matrimonio, come di tutti gli altri atti contenenti donazione. L'inosservanza di questa formalità trarrebbe seco la nullità non solo delle donazioni di beni presenti, ma eziandio delle donazioni di beni futuri contenute in un contratto di matrimonio (2).

659. Delle disposizioni per contratto di matrimonio, in quanto concerne i beni suscettivi a formarne l'oggetto, ed i modi sotto dei quali esse possono esser fatte.

Le donazioni per contratto di matrimonio, fatte, sia da un terzo agli sposi o ad uno di essi, sia da uno degli sposi all'altro, possono avere per oggetto non solamente beni presenti, ma altresì tutti o parte de' beni futuri del donante, vale a dire, de' beni che egli lascerà in tempo di sua morte. Esse possono del pari versare simultaneamente sopra i beni presenti e sopra i beni futuri del donante. Art. 1038, 1040 e 1046, comb. 867 ed 871.

Queste donazioni sono suscettive di esser fatte sotto condizioni o pesi, che lascino al donante il potere di modificarne o anche di annientarne gli effetti. Così, il donatario può esser gravato del pagamento di tutti i debiti presenti e futuri del donante, anche quando la donazione versi soltanto sopra alcuni beni specialmente designati, o sopra una parte aliquota di tutti i beni che il donante lascerà nel tempo della sua morte. Così ancora, il donante può riserbarsi la facoltà di disporre ulteriormente in favore di terzi, sia de' beni compresi nella donazione, sia di una somma determinata da prendersi su questi beni. Nel primo caso, il donatario è tenuto a soddisfare tutti i debiti ed i pesi della successione del donante, eccetto se egli preferisca di rinunziare al beneficio della donazione. Nel secondo, la donazione conserva il suo effetto per la totalità dei beni donati, allorchè il donante sia morto senza avere usato della facoltà che avevasi riserbata (3). Art.

(1) Merlin, *Rep.* v. Donazioni, sez. V, § 1, art. 4. Quali mai sarebbero, in una donazione cumulativa di beni presenti e futuri, le conseguenze della mancanza di adempimento alla formalità prescritta dall'art. 872?

(2) Legge del 25 ventoso anno XI, art. 20, comb. art. 68. *Nec obstant* art. 1037 e 1047, comb. art. 855. Vedi nondimeno in senso contrario: Merlin, *Rep.*, v. Donazione, sez. II, § 8.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 10, n. 5. Delvincourt,

1044, comb. 868 ed 871.

660. Delle disposizioni per contratto di matrimonio, in quanto concerne la loro rivocazione e la loro caducità.

Le disposizioni fatte per contratto di matrimonio non soggiacciono a rivocazione per causa d'ingratitudine. Sotto questo rapporto, non vi ha distinzione a stabilire tra le disposizioni fatte da terzi a' futuri coniugi o ad uno di essi, e quelle fatte dagli sposi a vantaggio l'uno dell'altro. Art. 884. Le disposizioni dell'ultima specie non sono neppur rivocabili per causa di sopravvegnenza di figli. Art. 885.

Le disposizioni fatte a contemplazione di matrimonio, sia per contratto di matrimonio, sia mediante ogni altro atto, divengono caduche se il matrimonio, in considerazione del quale esse abbiano avuto luogo, non segua punto, o se, dopo di essere stato celebrato, venga ad essere annullato (1), salva, in quest'ultimo caso, l'applicazione delle regole sui matrimonii putativi. Art. 1043, ed arg. da quest'articolo.

B. SPECIALITA'. I) DELLE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO CHE UN TERZO (2) PUÒ FARE PER CONTRATTO DI MATRIMONIO A VANTAGGIO DEI FUTURI CONIUGI.

661 a) *Delle disposizioni aventi per oggetto i beni presenti del disponente, ovvero delle donazioni tra vivi.* 662 b) *Delle disposizioni aventi per oggetto tutta o parte dell'eredità del disponente, ovvero, delle istituzioni contrattuali.* 663 c) *Delle disposizioni aventi cumulativamente per oggetto beni presenti e beni futuri.*

661 a). Delle disposizioni aventi per oggetto i beni presenti del

II, 420. Grenier, II, 414 e 438. Toullier, V, 826. Vazeille, sull'art. 871, n. 1, e sull'art. 1086 (franc.), n. 1. Poujol, sull'art. 1086 (franc.), n. 4. Civ. cass., 27 dicembre 1815, Sir., XVI, 1, 244. Tolosa 29 dicembre 1825, Sir., XXVII, 2, 207. Non deesi confondere col caso in cui il donante abbiasi riservata la facoltà di disporre di qualcuno dei beni compresi nella donazione, il caso in cui, facendo una donazione o universale o a titolo universale, ci ne avesse eccettuati determinati beni. I beni così eccettuati rimarrebbero di proprietà del donante, e passerebbero per conseguenza a' suoi eredi, ov'egli fosse morto senza avere disposto. Bordeaux, 19 gennaro 1827, Sir., XXVIII, 2, 4. Confr. nondimeno: Merlin, *Rep.*, v. Accrescimento, n. 11.

(1) Questa regola si applica anche alle donazioni fatte a contemplazione di matrimonio sotto la forma di un atto a titolo oneroso. Ric. rig., 7 marzo 1820, Sir., XX, 2, 290.

(2) Con questa espressione, noi indichiamo nella presente rubrica tutte le persone diverse dagli sposi istessi. Adunque, la voce *terzi* comprende qui non solamente gli estranei, ma ancora gli ascendenti o i parenti collaterali degli sposi.

disponente, ovvero, delle donazioni tra vivi.

Gli ascendenti, i parenti collaterali e gli estranei possono, per contratto di matrimonio, disporre tra vivi, a vantaggio de' futuri coniugi o di uno di essi, di tutti o di parte de' loro beni presenti.

Le disposizioni di tal genere sono sottoposte, salve le particolarità che concernono le liberalità fatte per contratto di matrimonio, ai principii che regolano in generale, le donazioni tra vivi. Art. 1037, comma 1. Così, esse non possono aver luogo in vantaggio dei figli da nascere dal matrimonio, se non per via di sostituzione fedecommessaria (1), e sotto le condizioni mercè le quali somiglianti sostituzioni sono permesse. Artic. 1037, comma 2. Adunque, fuori di queste circostanze, la disposizione tra vivi di beni presenti fatta per contratto di matrimonio, tanto a favore de' futuri coniugi; quanto a favore di figli da nascere dal matrimonio, non conferirebbe alcun diritto a questi ultimi, ma sarebbe valida quanto a' primi (2).

Per eccezione al principio dianzi stabilito, le donazioni di beni presenti, fatte sotto una delle condizioni o delle riserve indicate nell'art. 1086 *franc.* divengono caduche allorchè il donante sopravviva al donatario, o, verificandosene il caso, ai figli che gli sieno stati sostituiti. Artic. 1086 *francese* (3).

(1) La regola e la eccezione trovano la loro giustificazione negli art. 822, 1003 e 1004. Delvincourt, II, 422; Grenier, II, 409. Toullier, V, 819. Duranton, IX, 663 a 665.

(2) Toullier, V, 820.

* (3) Tratta questo articolo delle donazioni fatte per contratto di matrimonio agli sposi ed ai figli nascituri. « La donazione (così è iri scritto) per contratto di matrimonio in favore degli sposi e dei figli nascituri dallo stesso matrimonio, da qualunque persona provenga, potrà ancora essere fatta colla condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi della eredità del donante, ovvero sotto altre condizioni, l'esecuzione delle quali fosse per dipendere dalla sua volontà: il donatario sarà tenuto di adempire a queste condizioni, quando non prescelga di rinunziare alla donazione, e nel caso che il donante per contratto di matrimonio si fosse riservata la facoltà di disporre di un effetto compreso nella donazione dei suoi beni presenti, o di una determinata somma da ricavarsi dai suddetti beni, l'effetto o la somma, quando egli morisse senz'averne disposto, si riterranno compresi nella donazione ed apparterranno al donatario o ai suoi eredi ».

** Noi confessiamo d'ignorar il motivo pel quale non fu serbato questo articolo nelle nostre leggi. Potrebbesi dire che gli articoli antecedenti avean già parlato della donazione dei beni futuri la quale porta necessariamente l'obbligo di pagare tutti i debiti e pesi; come pure della facoltà che ha l'erede di tutto rinunziare o tutto accettare quando nella donazione cumulati si fossero beni presenti e beni futuri.

* Ma *quid* tra noi nel caso proposto nel citato art. 1086 della riserva di un oggetto compreso nella donazione per causa di matrimonio

662 b. Delle disposizioni aventi per oggetto tutta o parte dell'eredità del disponente, ovvero, delle istituzioni contrattuali (1).

L'istituzione contrattuale è una disposizione fatta per contratto di matrimonio, e che, quantunque abbia per oggetto tutti o parte dei beni doventi comporre l'eredità dell'istituente, non per tanto è irrevocabile, in questo senso, che costui non può, se non fra limiti ristrettissimi, recarvi offesa mercè ulteriori disposizioni a titolo gratuito (2). Articoli 1038 e 1039.

1. Parliamo dei caratteri dell'istituzione contrattuale.

Il carattere distintivo dell'istituzione contrattuale consiste in quanto che, da un canto, essa è per alcuni riguardi irrevocabile, ed in quanto, dall'altro canto, essa non versa nondimeno salvochè sopra beni futuri, e trovasi subordinata alla sopravvivenza del gratificato. Pel primo di questi caratteri, l'istituzione contrattua-

e di cui il donante non avesse disposto? Ricorreremo noi al Codice francese che ebbe luogo nel decennio o alla distinzione ammessa da' dottori? Dir si potrebbe che tolto di mezzo l'art. 1086 che formava una chiara eccezione all'art. 946 si debba stare alla regola in esso stabilità, e da noi adottata nell'artic. 870, che se il donante muore senz'aver disposto della cosa o somma riservata, *essa apparterrà agli eredi del donante, non ostante qualunque clausola e stipulazione contraria.*

* Ma vi si oppone l'art. 871 che esclude da tal disposizione le donazioni fatte per contratto di matrimonio. Spetterà ai magistrati risolvere questo dubbio.

(1) Fonti—L'istituzione contrattuale, il cui germe sembra trovarsi nelle leggi barbare ha avuto sviluppo nelle Consuetudini, e principalmente in quelle del Borbonese, della Marche e dell'Alvergnia. Essa fu in appresso consacrata dall'art. 17 dell'ordinanza del 1731, e di là passò nel Codice civile. In considerazione del favore che si attribuisce al matrimonio, e collo scopo d'incoraggiarlo, è avvenuto che i compilatori di questo Codice hanno conservata la istituzione contrattuale, la quale deroga ad un tempo stesso ed alla regola: *Non si può donare e ritenere*, ed alla proibizione dei patti sopra successioni future, ed alla disposizione dell'art. 813, il quale non riconosce, in generale, che due generi di disposizioni a titolo gratuito, cioè, la donazione tra vivi ed il testamento.—Bibliografia.—*Trattato delle istituzioni e delle sostituzioni contrattuali*, di Laurière; Parigi, 1715, 2 vol. in 12. *Trattato delle convenzioni di succedere, ovvero, successioni contrattuali*, di Boucheul; Poitiers, 1727, 1 vol. in 4. *Notizia storica sull'istituzione contrattuale*, di Eschbach, *Rivista di legislazione*, t. XI, p. 127.

(2) Gli effetti di una semplice promessa, fatta da un padre ai suoi figli nel loro contratto di matrimonio, di far loro dividere la sua successione a parti uguali, debbono, atteso il silenzio della legge intorno ad una tale obbligazione, essere determinati giusta la volontà presunta delle parti.— Siffatta promessa non può, di per sè medesima, costituire una vera istituzione contrattuale. —Essa non impedisce, in generale, all'istituente di disporre ulteriormente in favore di estranei. Brusselles, 23 novembre 1833, *Giur. di B.*, 1834).

le differisce dal legato o dall'antica donazione a causa di morte; pel secondo, si distingue dalla donazione tra vivi di beni presenti.

Una disposizione tra vivi, ma che abbia per oggetto solamente beni futuri, non può valere se non come istituzione contrattuale. Tale sarebbe, per esempio, la disposizione che versasse sulla porzione disponibile, o sopra una parte aliquota di questa porzione (1).

Reciprocamente, una disposizione tra vivi, avente per oggetto beni futuri, vale come istituzione contrattuale, quali che sieno le parole per mezzo delle quali il disponente abbia manifestata la sua volontà, semprechè il carattere costitutivo di una simile istituzione risulti necessariamente dall'oggetto e dal contesto della disposizione (2).

Ma non potrebbesi riguardare come una istituzione contrattuale, nè la disposizione con cui il donatario a titolo di precapienza di una somma in contanti, o d'ogni altra cosa, sia chiamato a dividere, con gli altri eredi *ab intestato* del donante, il dippiù dei beni di quest'ultimo, dopo prelevazione di questa somma o di questa cosa (3), nè in pari tempo la disposizione con cui il donatario per anticipazione di eredità sia chiamato a dividere, dopo la collazione di quanto gli sia stato donato, l'eredità del donante con gli altri suoi eredi, nella proporzione delle loro parti ereditarie *ab intestato* (4).

2. Parliamo delle condizioni necessarie per l'esistenza e per la validità della istituzione contrattuale.

L'istituzione contrattuale può avere per oggetto, sia l'universalità o una parte aliquota dell'universalità dell'eredità dell'istituente, sia la totalità o una parte aliquota del patrimonio mobiliare o del patrimonio immobiliare che egli lascerà nel tempo della sua morte (5), sia finalmente beni ereditarii individualmente riguar-

(1) Non potendo la porzione disponibile essere determinata se non che alla morte del disponente, la disposizione, la quale abbia per oggetto la totalità o una parte aliquota di questa porzione, risolvesi perciò appunto in una disposizione relativa a' beni che egli lascerà nel tempo della sua morte. Ric. rig., 12 giugno 1832, Sir., XXXII, 1, 755.

(2) Ric. rig., 29 giugno 1842, Sir., XLII, 1, 693.

(3) Non deesi ravvisare in una tal clausola altro che la sanzione di una dispensa da collazione, e la spiegazione delle conseguenze che essa trae seco. Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 6, n. 4. Riom, 6 giugno 1832, Sir., XXXIII, 2, 296. Ric. rig., 19 novembre 1834, Sir., XXXV, 1, 445. Vedi altresì: Ric. rig., 3 gennaio 1843, Sir., XLIII, 1, 829.

(4) L'oggetto di questa clausola non è, in conclusione, che quello di meglio far risaltare l'obbligo della collazione imposto al donatario. Merlin, *op. e v. cit.*, § 9, n. 4 ed 8. Ric. rig., 13 gennaio 1814, Sirey, XIV, 1, 193.

(5) L'istituzione contrattuale, la quale versasse sugl'immobili che lo istituente lascerà nel tempo della sua morte, diverrebbe senza oggel-

dali (1). Adunque, sotto il rapporto del suo oggetto, il quale consiste in beni futuri o ereditarii, l'istituzione contrattuale si avvicina al legato. Ma in quanto al punto di vista delle condizioni, sotto le quali siffatti beni possono divenir la materia di una istituzione contrattuale, quest' ultima dee piuttosto, per ragione della sua irrevocabilità, essere assomigliata ad una donazione tra vivi. Per tal guisa, gli immobili dotati di una donna maritata sotto la regola dotale non possono essere compresi in una istituzione contrattuale, più che in una donazione tra vivi (2), quantunque essi

to, se in appresso egli alienasse i suoi immobili a titolo oneroso, e nel tempo della sua morte lasciasse solamente mobili. L'istituito non è in somigliante caso autorizzato a pretendere che siavi stata surrogazione dei mobili agl' immobili fino alla concorrenza del valore di questi ultimi nell' epoca della istituzione. La regola: *In iudiciis universalibus pretium succedit loco rei, et res loco pretii*, è straniera a questa ipotesi. Civ. cass., 23 marzo 1841, Sir., XLI, 1, 398. Vedi altresì: Bordeaux, 26 maggio 1830, Sir., XXX, 2, 248.

(1) Delvincourt e Duranton IX, 676 insegnano per contrario, che una disposizione, la quale versi sopra cose ereditarie individualmente riguardate, non possa valere come istituzione contrattuale. Essa costituirebbe, giusta il primo di questi autori, un legato, il quale non potrebbe più essere rivocato da ulteriori disposizioni a titolo gratuito, e, giusta il secondo, una donazione tra vivi con riserva tacita di usufrutto. Queste due maniere di vedere ci sembrano ugualmente inammessibili. La prima urta di fronte col principio elementare, che i legati sono essenzialmente rivocabili a grado del testatore. La seconda converte arbitrariamente una donazione di beni futuri, colla quale il donante riservasi virtualmente il diritto di disporre a titolo oneroso delle cose che vi si trovino comprese, in una donazione di beni presenti, che il donante non potrebbe più rivocare, neppure mercè disposizioni fatte a questo titolo. Del resto, noi converremo che il legislatore ha avuto principalmente in mira, negli art. 1038 e 1039, disposizioni universali a titolo universale. Ma egli non ha con ciò inteso di escludere le disposizioni a titolo particolare. Così, la disposizione avente per oggetto, sia i prati o i cavalli che il donante lascerà in tempo della sua morte, sia una somma determinata da prendersi dai beni che comporranno la sua successione, dee valere come istituzione contrattuale, e non può valere che come tale. Ric. rig., 1 marzo 1821, Sir., XXI, 1, 234.

(2) Oltre l'arresto citato in siffatta nota, vedi ancora in questo senso: Caen, 26 agosto 1842, Sir. XLII, 2, 74. Vedi in senso contrario: Delvincourt, II, 423, Grenier, II, 431; Duranton, IX, 724; Tessier, *della Dote*, I, 307. La soluzione data da questi autori è, egli è vero, conforme all'opinione altre volte ammessa. Ma, per confutare tale opinione, la quale non era fondata che sopra una assimilazione troppo assoluta della istituzione contrattuale al legato ed all'antica donazione a causa di morte, è bastevole il far notare, che, per ragione della sua irrevocabilità, l'istituzione contrattuale si avvicina molto più, sotto il punto di vista di cui qui trattasi, alla donazione tra vivi, che non al legato. In vano dicesi, che l'istitu-

sieno incontrastabilmente suscettivi di formare l' oggetto di un legato.

L' istituzione contrattuale non può aver luogo che per contratto di matrimonio, o mediante un atto il quale, fatto e stipulato, prima del matrimonio, nella forma determinata dagli art. 1350 e 1351 si riferisca ad un contratto di matrimonio anteriore (1). Siegue da ciò, che, sotto il rapporto della

zione contrattuale non toglie all' istituente il dritto di alienare a titolo oneroso le cose che vi sieno comprese, per conchiuderne che essa non costituisca una vera alienazione sottoposta alla proibizione stabilita dall' art. 1367. Ragionando in tal guisa, gli autori che noi combattiamo obliano che l' istituzione contrattuale toglie all' istituente la facoltà di disporre a titolo gratuito dei beni che ne formano l' oggetto, e che quindi essa contiene evidentemente una restrizione all' esercizio del diritto di proprietà, il quale abbraccia tanto il diritto di disporre a titolo gratuito, quanto quello di alienare a titolo oneroso. Or questa restrizione dee necessariamente cadere sotto la proibizione dell' art. 1367, giusta lo spirito che ha presieduto alla compilazione di tale articolo. Di fatti, la donna maritata sotto la regola dotale potendo, allorchè essa vi sia stata debitamente autorizzata, alienare i suoi immobili dotali per lo collocamento dei suoi figli, la quistione che ci occupa non si può realmente presentare, se non in quanto si tratti di una istituzione contrattuale fatta a vantaggio di un estraneo. E siccome l' inalienabilità degl' immobili dotali è del pari stabilita nell' interesse dei figli, che in quello della moglie, sarebbe un andar direttamente contro lo spirito della legge, ove si permettesse alla moglie di torre a sè medesima, mediante una istituzione contrattuale fatta in favore di un estraneo, il diritto di disporre dei suoi immobili dotali in favore dei suoi figli. D' altronde, Delvincourt e Duranton, sono in contraddizione seco stessi, in quantochè, mentre permettono alla donna maritata sotto il regime dotale di disporre di questi immobili per via di istituzione contrattuale, esigono nondimeno, per la validità di una somigliante istituzione, che la moglie sia stata autorizzata a farlo, o dal suo marito, o dal giudice. Queste due soluzioni ci sembrano inconciliabili. Se l' istituzione contrattuale dee, sotto il punto di veduta di che trattasi, essere piuttosto assomigliata ad un legato che ad una donazione tra vivi, perchè mai non le si applicherebbe la disposizione dello art. 215, secondo la quale la donna maritata può testare senza l' autorizzazione del suo marito? Noi poniamo fine facendo notare che l' arresto della Corte di cassazione, Ric. rig., 1 dicembre 1821, Sir., XXV, 1, 135, citato da Duranton in favore della sua opinione, è assolutamente estraneo alla quistione; perciocchè nella specie, sulla quale esso ha statuito, trattavasi, non di una istituzione contrattuale irrevocabile, ma di una donazione fatta tra coniugi durante il matrimonio, vale a dire, di una disposizione essenzialmente rivocabile.

(1) Delvincourt, II, 421; Duranton, IX, 672 e 673. Confr. Grenier, II, 346. Vedi in senso contrario: Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 3, n. 2 *in fine*; *Quest.*, v. Reimpiego, § 4; Toullier, V, 830; Favard, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, n. 7. Questi autori insegnano, che una istituzione contrattuale sia validamente fatta mercè qualun-

sua forma esteriore, la validità dell'istituzione contrattuale trovasi subordinata a quella del contratto di matrimonio o della controscrittura che la racchiude (1). Nulla impedisce che lo stesso contratto di matrimonio contenga più istituzioni contrattuali fatte congiuntamente da diverse persone (2). Del resto, l'istituzione contrattuale, la quale versi sopra immobili suscettivi d'ipoteche, non è soggetta alla trascrizione (3); e quella, la quale abbia per oggetto cose mobili, non soggiace alla formalità prescritta dall'articolo 872 (4).

L'istituzione contrattuale può esser fatta così da estranei, che dagli ascendenti o dai parenti collaterali dei futuri coniugi.

Essa richiede nel disponente la stessa capacità che quella la quale è richiesta per fare una donazione tra vivi ordinaria. Adunque, le persone anche abili a testare non lo sono punto a disporre dei loro beni per via d'istituzione contrattuale, allorchè esse sieno incapaci di donare tra vivi (5). Così il minore, tuttochè avess'egli l'età di oltre i sedici anni, non può fare veruna istituzione contrattuale, salvochè nel caso preveduto e sotto le condizioni indicate dall'artic. 1049 (6). Così, la donna maritata non può farla se non coll'autorizzazione di suo marito o del giudice; e la persona provveduta di un consulente giudizia-

que atto autentico anteriore alla celebrazione dell'unione conjugale, purchè essa istituzione abbia avuto luogo in favore del matrimonio. Ma eglino non adducono veruna solida ragione in appoggio di siffatta opinione, la quale respingono ugualmente ed il testo cotanto preciso dell'art. 1038, e la considerazione che l'istituzione contrattuale non essendo stata ammessa salvochè per derogazione alle regole del diritto comune, tutte le condizioni a cui è stata sottoposta sono appunto perciò di rigore.

(1) Così, l'istituzione contrattuale non può esser fatta dopo il matrimonio per iscrittura privata. Art. 1348 e 1349. Merlin: *op. e v. cit.*, n. 2. Grenier, II, 437. Duranton, IX, 673.

(2) La proibizione stabilita dall'artic. 893 essendo fondata sulla irrevocabilità assoluta del testamento, non può essere estesa alla istituzione contrattuale, la quale è irrevocabile. Duranton, IX, 675. Delvincourt, II, 422.

(3) Duranton, IX, 506. Toullier, V, 845. Delvincourt, II, 427 e 428.

(4) Questa formalità non ha oggetto, secondo lo scopo col quale è stata prescritta, se non quando trattisi di donazioni di beni presenti. Duranton, VIII, 411; IX, 707.

(5) La ragione si è, che l'istituzione contrattuale essendo irrevocabile, conviene, per quanto concerne le condizioni di capacità da esigersi nell'istituente, assomigliarla piuttosto ad una donazione tra vivi che ad un legato. Delvincourt, II, 422. Vedi altresì le autorità citate nelle tre seguenti note.

(6) Il minore pervenuto all'età di sedici anni *non può disporre per testamento*. Siffatte parole, le quali sono quelle di cui servesi l'art. 890, sono esclusive della istituzione contrattuale, che il Codice qualifica donazione. Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 4, n. 2. Grenier, II, 431. Duranton, IX, 723 e 725.

rio, se non coll'assistenza di questo consulente. Del resto, per la istituzione contrattuale, come per la donazione tra vivi, la sola epoca da prendersi in considerazione, quanto alla capacità dell'istituente, si è quella della stipulazione del contratto di matrimonio. Così, una istituzione contrattuale fatta da una persona godente la vita civile rimane valida, benchè questa persona venga a maritarsi in istato di privazione (1).

L'istituzione contrattuale non può aver luogo se non che a vantaggio dei futuri coniugi e dei figli da nascere dal loro matrimonio. Sotto l'espressione: « figli da nascere », debbonsi ugualmente comprendere i figli di già nati che venissero ad essere legittimati col matrimonio, a contemplazione del quale la disposizione sia stata fatta (2).

Ogni altra persona è inabile a ricevere per via d'istituzione contrattuale (3). Così non possono istituirsi contrattualmente, nè i figli che l'uno o l'altro dei futuri coniugi avesse procreati con un precedente matrimonio (4) o che egli procreasse con un matrimonio susseguente (5), nè i fratelli e le sorelle de' futuri coniugi o di uno di essi. La clausola di *associazione*, mercè la quale eludevasi un tempo questa proibizione (6), non potrebbe più oggidì essere efficacemente stipulata (7). Le porzioni, per le quali uno de' futuri coniugi

(1) Duranton, IX, 723.

(2) Arg. art. 235.

(3) Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale § 5, n. 2. Grenier, II, 429. Toullier, V, 831. Duranton, IX, 693.

(4) L'istituzione contrattuale non è autorizzata dalla legge, se non che in favore solamente degli sposi e dei figli da nascere dal loro matrimonio, ed in niun modo in favore di figli nati da un altro matrimonio. Brusselles, 27 febbraro 1832, *Giur. di B.*, 1832, 1, 90, *Giur. del XIX secolo*, 1832, 2, 128.

(5) Merlin, *Rep.*, *v. cit.*, § 5, n. 1. e § 12, n. 9. Grenier, II, 420 e 421. Toullier, V, 841 ed 842. Delvincourt, II, 110.

(6) Confr. Auroux des Pommiers, sull'art. 224 della Consuetudine di Bourbonnais, n. 7 ed 8; Bergier, sopra Ricard, *Trattato delle sostituzioni*, cap. VII, n. 325; Chabrol, *Consuetudine di Auvergne*, II, 336; Lebrun, *delle Successioni*, lib. III, cap. II, n. 12. Le clausole di *associazione*, stipulate in contratti di matrimonio celebrati prima del Codice, ed in paesi nei quali l'uso ne aveva ammessa la validità, debbono ancora oggidì essere considerate siccome valide. Duranton, IX, 696. Ric. rig., 13 gennaio 1818, Sir., XIX, 1, 135.

(7) La clausola di *associazione* è quella con la quale, istituendosi contrattualmente uno dei futuri coniugi, gli s'impone il peso di far partecipare una data persona, come, per esempio, i suoi fratelli e sorelle, al benefizio di questa istituzione. L'inefficacia di una somigliante clausola ci sembra essere la conseguenza necessaria della regola, che non è permesso di fare indirettamente. L'istituzione contrattuale non essendo stata ammessa che per eccezione ai principî generali indicati altrove, non è evidentemente lecita se non che nei limiti tra' quali trovasi circoscritta; ed ogni espediente, immaginato per farle oltrepassare questi limiti, dev'essere proscritto

fosse stato gravato di far partecipare degli estranei al benefizio dell'istituzione contrattuale fatta in favor suo, dovrebbero essere considerate come non uscite dal patrimonio dell'istituente, e spetterebbero per conseguenza a' suoi eredi *ab intestato* (1).

come contrario alla legge. Merlin (*Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 5, n. 9) è del resto, per quanto è a nostra conoscenza, il solo autore moderno, il quale siasi pronunziato in favore della validità della clausola di *associazione*. Egli invoca, in appoggio della sua opinione, le disposizioni dell'art. 1075, e cerca di sottrarsi a quelle dell'articolo 1038, sostenendo che la clausola di *associazione* non costituisca, per colui, in pro di cui sia stata stipulata, una vera istituzione contrattuale, ma sì bene una semplice donazione a causa di morte, la quale, benchè irrevocabile, in quantochè l'istituente non può più disporre a titolo gratuito, in vantaggio di terze persone ed in pregiudizio dello *associato*, della porzione a cui questi sia stato chiamato, è nondimeno rivocabile in quantochè l'istituente può di questa porzione privare l'*associato*, esonerando l'istituito dal peso che avevagli imposto. Queste ragioni non ci hanno convinti. La quistione consiste ben meno in sapere, se sia o no permesso di disporre a vantaggio di un terzo nella forma determinata dall'art. 1075, quanto in sapere se una somigliante disposizione, la quale sarebbe necessariamente valida laddove essa versasse sopra beni presenti, lo sia ugualmente quando abbia per oggetto beni futuri, ed abbia avuto luogo fuori dei casi in cui la legge permette per eccezione il disporre, mercè atto fra vivi, di beni di questa specie. Or la quistione così proposta non può essere risoluta che negativamente. Lo stesso Merlin lo riconosce; perciocchè egli concede che la clausola di *associazione* non valga come istituzione contrattuale in pro dell'*associato*, e non le accorda efficacia se non perchè ravvisa in essa una donazione a causa di morte. Adunque, la sua opinione manca di base, se, come crediamo di averlo provato, il Codice civile rigetta, in generale, le donazioni a causa di morte. E quando pur si dovesse ammettere su questo punto una soluzione contraria, noi non persisteremmo meno nel sentimento che abbiamo emesso sulla quistione attualmente in discussione. Di fatti, ci sembra impossibile di ravvisare una vera donazione a causa di morte in una disposizione, la quale, secondo la stessa confessione di Merlin, non è compiutamente e sotto ogni riguardo rivocabile. Vedi nel senso della nostra opinione: Delvincourt, II, 263, 264 e 426; Grenier, II, 423. *Dissertazione sulla validità od invalidità della clausola di associazione*, in continuazione del *Trattato delle Donazioni;* Favard, *Rep*, v. Istituzione contrattuale, n. 3; Rolland de Villargues, *delle Sostituzioni proibite*, n. 183; Duranton, IX, 694; Bourges, 19 dicembre 1821, Sir., XII, 2, 110.

(1) *Non obstat* art. 816. Potrebbesi credere in sulle prime, che essendo eliminata la clausola di *associazione*, come contraria alla legge, e per conseguente come non iscritta, debba in benefizio dell'erede contrattualmente istituito, e non già in vantaggio degli eredi del sangue, tornare l'inefficacia di questa clausola. Tale si è effettivamente la opinione di Delvincourt *luogo cit.* Tale dev'essere altresì, secondo Merlin *luogo cit.*, la conseguenza del sistema pel quale noi ci siamo pro-

L' istituzione contrattuale può esser fatta a vantaggio, sia dei futuri coniugi congiuntamente, sia di uno di loro isolatamente. Essa può essere ristretta a' futuri coniugi (1), o estesa a' figli e discendenti da nascere dal loro matrimonio (2), i quali trovansi, in quest'ultimo caso, sostituiti volgarmente agl' istituiti, vale a dire, chiamati a raccogliere, in mancanza di costoro, il beneficio dell'istituzione (3). Siffatta sostituzione volgare ha altresì luogo di pie-

nunziati nella nota precedente; e la assurdità di questa conseguenza somministra a parer suo, la miglior prova della inammessibilità di un tale sistema. Ma evidentemente a torto cercherebbesi nell'art. 816 la soluzione di siffatta quistione; perciocchè trattasi ben meno di sapere, se in diritto la clausola di *associazione* sia o no efficace per sè medesima, quanto di determinare in fatto, e giusta l'intenzione dell'istituente, l'estensione della disposizione principale a cui questa clausola si trovi annessa. Or benchè la clausola di *associazione* sia inefficace come tale, deesene nondimeno tener conto per determinare il *quantum* di beni, che l' istituente abbia voluto donare all' istituito. Tutti i nostri antichi confessando ingenuamente, non essere la clausola che un espediente immaginato onde velare un' istituzione contrattuale in vantaggio di persone le quali non sieno abili a ricevere per questa via, siamo per questa medesima ragione menati a riconoscere, l'istituzione contrattuale, benchè fatta in apparenza in un modo integrale a favore del futuro coniuge, non comprendere nondimeno in realtà altro che la porzione che egli sia chiamato a ritenere in questa istituzione, dopo la deduzione di quelle che sieno state attribuite alle persone, in pro delle quali sia stata stipulata la clausola di *associazione*; per conseguenza, questo futuro coniuge non potere giammai aver diritto, salvochè a siffatta porzione; ed in ultima analisi, l' inefficacia della clausola di *associazione* dover tornare in vantaggio degli eredi del sangue. Ammettere il contrario, sarebbe affatto sconvolgere le intenzioni dell' istituente, soprattutto ne' casi in cui le persone *associate* alla istituzione fossero in pari tempo suoi eredi legittimi; perchè pel fatto stesso di una *associazione*, che aveva per iscopo lo assicurar loro una parte dell'eredità dell' istituente, elleno si troverebbero private di questa medesima parte, la quale, in mancanza di ogni disposizione a loro vantaggio, sarebbero state appellate a raccogliere in virtù della chiamata della legge.

(1) Benchè i figli discendenti da nascere dal matrimonio si presumano, in mancanza di ogni disposizione a loro vantaggio, sostituiti di diritto allo sposo istituito, non è però vietato all' istituente il far cessare questa presunzione mediante una dichiarazione contraria, e il restringere così in vantaggio di questo sposo il benefizio della istituzione. Delvincourt, II, 425. Duranton, IX, 510 e 677.

(2) Sotto questo rapporto, l'artic. 1038 deroga all' art. 822, giusta il quale non si può disporre tra vivi, in un modo irrevocabile, a vantaggio di individui non ancora concepiti nel momento della disposizione.

(3) Tutti gli autori, antichi e moderni, riconoscono che la chiamata dei figli e discendenti da nascere si operi per effetto di una sostituzione volgare. Adunque, le espressioni dell'art. 1038: « nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo do-

no dritto, indipendentemente da ogni dichiarazione dell'istituente, il quale, ove intenda di restringere a' futuri coniugi l'effetto dell'istituzione contrattuale fatta a lor favore, deve esprimere questa restrizione. L'istituente non è autorizzato a limitare la sostituzione volgare, stabilita dalla legge in pro di tutti i suoi figli o discendenti da nascere, a qualcuno di loro solamente, nè medesimamente ad assegnare a questi figli o discendenti porzioni ineguali(1).

natario, nel suddetto caso di sopravvivenza del donante », non sono limitative. Esse comprendono, *ex mente legis*, tutti i casi che dieno apertura a sostituzione volgare, vale a dire, tutti i casi in cui, per qualunque siasi causa, l'istituito non passa o non voglia raccogliere la disposizione fatta in suo favore. Confr. artic. 936. Per tal guisa, in più altri articoli del Codice si trovano le parole: « in caso che premorisse », adoperate come sinonime di queste altre: « in mancanza di...». Confr. art. 672, comb. art. 673, comma 1, 675 e 681. Si può ancora invocare in appoggio di questa interpretazione la disposizione dell'art. 1044, il quale subordinando la caducità dell' istituzione contrattuale alla premorienza dello sposo donatario senza posterità, dà chiaramente ad intendere, che l'esistenza di figli e discendenti nati dal matrimonio è bastevole per impedire questa caducità, qualunque sia d'altronde la causa per effetto della quale lo sposo istituito non raccolga il beneficio della disposizione fatta in suo favore. Duranton, IX, 702.

(1) Risulta dalla intima correlazione che passa fra' due comma dell'art. 1038, la sostituzione volgare, la quale sia fondata sopra una dichiarazione espressa dell' istituente, non potere eccedere i limiti di quella che, in mancanza di una somigliante dichiarazione, la legge fa dipendere di pieno diritto da ogni istituzione contrattuale. In altri termini, l' istituente non è, in virtù del primo comma dell'art. 1038, autorizzato a disporre in favore dei figli e discendenti da nascere, se non che nella stessa maniera, onde, in caso di silenzio da parte sua, il secondo comma di quest' articolo li chiama a profittare della sua liberalità. Egli dunque non può, nè restringere a qualcuno tra essi il beneficio della sua disposizione, nè pure farveli partecipare a parti ineguali. Aggiugneremo, che la sostituzione volgare dei figli e discendenti da nascere dal matrimonio non è stata ammessa salvochè per derogazione all'art. 822; che trattasi perciò di una disposizione eccezionale, dal testo della quale non è per conseguenza permesso di allontanarsi; e finalmente, che dipartendosi altri dalla interpetrazione ristretta che noi proponiamo, ci si metterebbe in opposizione con le idee di uguaglianza sulle quali è fondato il Codice civile, e le quali i suoi compilatori hanno tanto rettamente espresse nell'art. 1006. in proposito delle sostituzioni fedecommessarie per eccezione permesse. Egli è vero che quest'articolo è stato abrogato dalla legge del 17 marzo 1826. Ma non mai in questa legge, promulgata in un'epoca di reazione politica, e con vedute aristocratiche evidentemente contrarie allo spirito del Codice civile, può essere permesso di rintracciare l' interpetrazione delle disposizioni di questo Codice che la divisata legge non abbia espressamente modificate. Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 12, n. 10. Delvincourt, II, 426.

Egli non è neppure ammesso a restringere il beneficio dell'istituzione contrattuale a questi ultimi, istituendoli *per saltum*, ad esclusione del loro padre o della loro madre (1).

Se l'una o l'altra delle condizioni sviluppate in questo numero venga a mancare, l'istituzione contrattuale deesi, secondo le ipotesi, considerare o come non avvenuta, o come semplicemente infetta di nullità.

L'istituzione contrattuale devesi riputare non avvenuta, quando abbia avuto luogo *per saltum* in vantaggio dei figli da nascere dal matrimonio, ad esclusione dei futuri coniugi (2).

Che se l'istituzione contrattuale de' futuri coniugi sia stata fatta con sostituzione volgare di qualcuno soltanto dei loro figli da nascere, ad esclusione degli altri, l'istituzione è valida, e la sostituzione non avvenuta. Rientrasi, in questa ipotesi, sotto l'applicazione pura e semplice del secondo comma dell'art. 1038, giusta il quale tutti i figli, senza distinzione, so-

Grenier, II, 416. Duranton, IX, 692. Del resto, nulla impedisce che l'istitoente si riservi, pel caso di premorienza dell'istituito, la facoltà di distribuire inegualmente tra' figli di quest'ultimo i beni formanti l'oggetto della istituzione, ed altresì la facoltà di attribuirli esclusivamente a qualcuno di essi. Questa proposizione non è in alcuna guisa contraria alla opinione che noi abbiamo precedentemente emessa. Altra cosa è disporre attualmente, altra cosa è il riserbarsi la facoltà di disporre nell'avvenire. Non potrebbesi ravvisare in una riserva, la quale non contiene veruna disposizione attuale in favore di uno o di un altro dei figli nascituri dal matrimonio, una estensione illegale dell'eccezione apportata dall'art. 1038 alla proibizione dell'art. 822. L'oggetto di una somigliante riserva è unicamente quello di restringere agli sposi istituiti, ad esclusione dei loro figli, il benefizio della istituzione. Or questa restrizione è permessa. Delvincourt, II, 426. Duranton, IX, 691. Vedi in senso contrario: Grenier, II, 416.

(1) Le espressioni finali del primo comma dell'art. 1038: « tanto a favore dei detti sposi, che dei figli da nascere dal loro matrimonio, nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario, dimostrano che la disposizione cui quest'articolo autorizza, per derogazione all'artic. 822, in favore dei figli e discendenti, è nondimeno subordinata alla condizione della istituzione in primo luogo dei futuri coniugi o di uno di essi, e che essa non deve avere effetto se non nel caso in cui questi ultimi non volessero o non potessero raccoglierne il beneficio. Risulta, a dir certo, dalle espressioni dianzi trascritte, i figli e discendenti da nascere non poter esser che sostituiti volgarmente a' futuri coniugi, e non già istituiti a loro esclusione. Delvincourt, II, 425. Duranton, IX, 678.

(2) Ed in vero, ogni disposizione fatta in favore d'individui non ancora concepiti deesi, per regola generale, considerare non solamente come nulla, ma come non avvenuta. Se l'art. 1038 permette per eccezione, e fra determinati limiti, di disporre in pro dei figli da nascere, le disposizioni fatte fuori di questi limiti in favore di figli non ancora concepiti non restano però meno sottoposte all'applicazione della regola generale.

no di pieno dritto sostituiti ai futuri coniugi (1).

L' istituzione contrattuale, accompagnata da una clausola di *associazione*, è valida per la porzione che il futuro coniuge istituito trovisi in realtà chiamato a raccogliere, e non avvenuta pel dippiù (2).

L' istituzione contrattuale può essere impugnata per via di nullità, nelle ipotesi seguenti:

1) Quando essa non sia stata fatta per contratto di matrimonio (3):

2) Quando abbia avuto luogo a favore di persone diverse dai futuri coniugi e dai figli o discendenti da nascere dal loro matrimonio (4);

3) Quando sia proceduta da persone incapaci di donare tra vivi.

In queste tre ipotesi, l' azione di nullità si prescrive con dieci anni, conformemente alla regola generale stabilita nell' articolo 1258 (5). Ma questa prescrizione

(1) L' istituzione è valida, perchè la sua validità non è subordinata alla efficacia della sostituzione. Quanto a quest'ultima, essa deesi giusta le ragioni sviluppate nella nota precedente, considerare siccome non avvenuta. In fine, la sostituzione espressa in favore di qualcuno solamente dei figli nascituri essendo per tal guisa eliminata, ci troviamo necessariamente menati ad applicare il secondo comma dell'art. 1038, e ad ammettere in favore di tutti questi figli, senza distinzione, la sostituzione legalmente presunta che esso stabilisce. In vano direbbesi, che il disponente non possa per verità restringere a qualcuno solamente dei figli da nascere il beneficio della sua disposizione, ma che egli sia il padrone di escluderli tutti, e che per conseguenza l'esclusione parziale da lui fatta debba equivalere ad una esclusione totale. Noi risponderemmo, che se il disponente è autorizzato ad eliminare l' effetto della sostituzione stabilita dal secondo comma dell'art. 1038 non vi è autorizzato che a condizione di escludere tutti i figli da nascere, e che, non essendo stato adempiuto a questa condizione, la sostituzione di cui si tratta dee sortire il suo pieno ed intero effetto: *Fecit quod non potuit, quod potuit non fecit.*

(2) La ragione si è, che, da un canto, la clausola di *associazione* deve, come semplice peso dell' istituzione, essere riputata non iscritta, conformemente all'art. 816, in quanto concerne le persone a vantaggio delle quali questo peso era stato imposto all' istituito, e che, da un altro canto, tale clausola, ha nondimeno virtualmente per effetto il ridurre la istituzione alla porzione che quest'ultimo avrebbe conservata dopo di aver consegnate a siffatte persone quelle porzioni che dovevano loro toccare giusta l' intenzione dell' istituente.

(3) Siccome l'artic. 867 proibisce, sotto pena di nullità, le donazioni tra vivi di beni futuri, e siccome lo art. 1038 non le permette in linea di eccezione che per contratto di matrimonio, ne risulta che le istituzioni contrattuali, le quali non abbiano avuto luogo nella forma indicata da quest' ultimo articolo, trovansi colpite dalla nullità pronunziata dal primo.

(4) La nullità della istituzione contrattuale è ancora, in questa ipotesi, la conseguenza della combinazione degli art. 943 e 1082. Confr. la nota precedente.

(5) Di fatti, trattasi non di un ot-

non comincia a decorrere che a contare dalla morte dell'istituente. Egli è così non solo nella prima e nella seconda di tali ipotesi (1), ma ancora nella terza (2).

2. Parliamo degli effetti della istituzione contrattuale.

1) L'istituente conserva, fino al momento della sua morte, la pro-

to unilaterale, ma di una vera convenzione, alla quale si applicano perfettamente le disposizioni dell'articolo citato nel testo.

(1) Che in queste due ipotesi la prescrizione dell'azione di nullità non comincia a decorrere se non a partire dalla morte dell'istituente, egli è ciò che non sembra poter essere seriamente contrastato. Di fatti, la prescrizione di che trattasi essendo fondata sopra una conferma presunta, il corso ne è necessariamente subordinato alla possibilità di una conferma espressa. Or da un canto, per quanto concerne la prima delle ipotesi indicate nel testo, le nullità di forma che viziino un'istituzione a titolo gratuito non possono, durante la vita del disponente, essere coverte da verun atto di conferma. Art. 1293 ed arg. da questo articolo. Da un altro canto, e relativamente alla seconda delle ipotesi di cui si tratta, la nullità risultante dalla violazione della proibizione stabilita dall'artic. 867 non è neppure, durante la vita dell'istituente, suscettiva di essere coperta in un modo espresso; perciocchè lo atto di conferma troverebbesi infetto del medesimo vizio che l'istituzione istessa. Da ciò siegue, che, nell'una e nell'altra di tali ipotesi, la conferma espressa non divenendo possibile che alla morte dell'istituente, ugualmente a partire dallo stesso avvenimento, e non da altro punto, può incominciare a decorrere la prescrizione dell'azione di nullità.

(2) Adunque, la prescrizione dell'azione di nullità di un'istituzione contrattuale fatta da un minore, o da una donna maritata non autorizzata, non corre se non che a partire dalla morte dell'istituente, e non già a partire dalla sua maggiore età o dallo scioglimento del matrimonio. Questa altresì è l'opinione di Merlin (*Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 4, n. 2, e v. Prescrizione, sez. II, n. 25), il quale fondasi, per sostenerla, sulla massima: *Quae temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* Ma l'opinione contraria vien difesa da Grenier (II, 331 *bis*) e da Duranton (IX, 725), i quali pretendono che questa massima non sia più ammessa in Francia dopo l'ordinanza del 1539. Senza entrare, pel momento, nell'esame di siffatta quistione generale, noi crediamo di poter giustificare la nostra opinione mercè le seguenti considerazioni. Siccome una istituzione contrattuale non può aver luogo, se non che pel contratto di matrimonio dell'istituito, così è impossibile, quando essa sia infetta di nullità, il confermarla espressamente, prima della morte dell'istituente, mediante un atto posteriore al matrimonio. Un somigliante atto sarebbe nullo, siccome contenente una stipulazione sopra successione futura, fatta fuori delle circostanze in cui una stipulazione di questa specie è per eccezione permessa. Or lo stesso ostacolo si oppone al corso della prescrizione dell'azione di nullità pendente la vita dell'istituente; perciocchè questa prescrizione altra cosa non è che una conferma presunta, la quale non può aver luogo se non sotto le condizioni e ne' casi in cui la conferma espressa sia ancor essa possibile.

prietà di tutti i beni che egli possedeva nel tempo dell'istituzione, e di quelli che acquisti in appresso. In altri termini, non si effettua dall'istituente all'istituito veruna trasmessione tra vivi della proprietà dei beni formanti l'oggetto dell'istituzione (1).

Benchè l'istituente conservi piena ed intera, fino al momento della sua morte, la proprietà del suo patrimonio e di tutti i beni che ne facciano parte, pur tuttavolta l'esercizio del suo dritto di proprietà vien ristretto dalla istituzione contrattuale, in quantochè quest'ultima priva di ogni efficacia, riguardo all'istituito, le ulteriori disposizioni a titolo gratuito, la cui esecuzione annientasse o riducesse i dritti di successione che gli sieno stati irrevocabilmente conferiti.

L'applicazione di questa regola è indipendente dalla natura, dalla forma e dalla estensione delle disposizioni a titolo gratuito posteriori all' istituzione contrattuale. Così, non havvi sotto questo rapporto, veruna distinzione a fare fra le disposizioni tra vivi e le disposizioni testamentarie, fra le liberalità mascherate (2), fra i vantaggi conferiti in un modo diretto e quelli che sieno stati fatti in un modo indiretto, fra i legati universali o a titolo universale ed i legati a titolo particolare (3).

Per eccezione alla regola stabilita di sopra, l'istituente gode, di pieno dritto, della facoltà di disporre di somme modiche (4), sia a titolo di ricompensa (5), sia

(1) Rigaud e Championnière. *Trattato dei diritti di registratura*, IV, 2953 e 2954. Civ. cass., 19 piovoso anno XI, 24 nevoso anno XIII, 8 dicembre 1806 e 5 ottobre 1807, Dalloz. *Giur. gen.*, v. Registro.

(2) Grenier. II, 412. Toullier, V, 835. Duranton, IX, 709 e 710.

(3) L'eccezione ammessa alla regola di cui qui trattasi dall' ultima parte dell'art. 1039 prova che i legati a titolo particolare sono, in generale, compresi sotto questa regola, del pari che i legati universali ed a titolo universale. Conf. la nota seguente.

(4) Le espressioni: « per piccole somme », delle quali servesi l' art. 1039, dimostrano che non può qui trattare d' altro che di disposizioni a titolo particolare, Grenier, II, 413. Favard, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, n. 2. Duranton, IX, 705. Del resto, queste espressioni debbono essere intese in un significato relativo, ed avuto riguardo tanto al patrimonio dell' istituente, quanto all'oggetto della istituzione. Maleville, sull' artic. 1039. Favard, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, n. 5 Toullier, V, 834. Duranton, IX, 704. Riom, 4 agosto 1820, Sir., XXI, 2, 313.

(5) Una disposizione deesi considerare come fatta a titolo di ricompensa, nel senso dell'articolo 1039, benchè essa abbia avuto luogo in rimunerazione di servizi, per ragion dei quali il donante e testatore non era sottoposto, verso il donatario o legatario, salvochè ad un dovere morale di riconoscenza. Ed in vero, è cosa evidente che nell' eccezione ammessa alla regola stabilita da quest'articolo del pari che nella regola istessa, il legislatore ha inteso di parlare di disposizioni a titolo puramente gratuito. Caen, 16 novembre 1812, Sir., XIII, 2, 63.

per regali di uso, o per cause pie (1), salva la riduzione in caso di eccesso (2).

Se l'istituente si abbia riservata la facoltà di disporre di determinate cose comprese nell'istituzione, o di una somma prefinita da prendersi sui beni che ne formino parte, o muoia senza aver disposto di queste cose o di questa somma, l'istituito è nel dritto di reclamarli (3). Ma, nel caso contrario, quest' ultimo è tenuto a rispettare la disposizione, quando ancora l'istituente avesse alienato a titolo oneroso il dippiù dei suoi beni (4).

Salva la restrizione relativa alla facoltà di disporre a titolo gratuito, l'istituente conserva il godimento pieno ed intero dei suoi dritti di proprietà, tanto in ordine a beni che egli potrà acquistare posteriormente alla istituzione, quanto relativamente a quelli di cui era già proprietario nell'epoca nella quale essa istituzione sia stata fatta. Egli adunque può alienarli a titolo oneroso, sia per un prezzo capitale una volta pagato, sia mediante una rendita perpetua o vitalizia (5). Egli può

(1) In questo senso noi crediamo di dover interpetrare le espressioni: « o altrimenti », le quali trovansi nella fine dell'art. 1039. Confr. art. 771. Favard, *op. v. e luogo cit.* Toullier, V, 834. Vedi nondimeno: Delvincourt, II, 428.

(2) Adunque, una disposizione fatta a titolo particolare, e che rientri d'altronde nella classe di quelle di cui si occupa l'ultima parte dell'articolo 1039, non sarebbe, se fosse eccessiva, altro che riducibile fra giusti limiti, e non già annullabile pel tutto. Duranton, IX, 704. Ma, altrimenti sarebbe delle disposizioni universali o a titolo universale, le quali dovrebbero essere annullate per tutto. Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 8, n. 6. Civ. cass., 23 febbraro 1818, Sir., XVIII, 1, 200. Una disposizione qualificata rimuneratoria sarebbe ugualmente annullabile pel tutto, se risultasse dalle circostanze che essa non abbia in realtà questo carattere. Confr. Riom, 4 agosto 1820, Sir., XXI, 2, 313.

(3) Il disposto dell'articolo 870, il quale, in mancanza di disposizioni, attribuisce agli eredi *ab intestato* la somma o le cose riservate non è adattabile alle donazioni fatte per contratto di matrimonio. Articolo 871. Toullier, V, 834. Merlin, *Rep.*, voc. Istituzione contrattuale, § 10, n. 5.

(4) Favard, *Rep.*, voc. Istituzione contrattuale, n. 6. Grenier, II, 414. Duranton, IX, 715. Civ. cass., 7 giugno 1808, Sir., VIII, 1, 364.

(5) Un' alienazione fatta mediante una rendita vitalizia costituisce evidentemente un' alienazione a titolo oneroso. Artic. 1058 e 1060. Or la legge permette senza distinzione tutte le alienazioni a titolo oneroso. Duranton, IX, 711 e 714. Riom, 4 dicembre 1810, Sir., XIII, 2, 348. Ric. rig., 15 novembre 1835, Sir., XXXVI, 1, 806. *Quid iuris,* nel caso in cui l'alienazione mediante una rendita vitalizia abbia avuto luogo in favore di un successibile in linea retta? Lo istituito può forse sostenere che una somigliante alienazione debba, in virtù dell'articolo 834, essere legalmente reputata fatta a titolo gratuito? Noi nol crediamo: le disposizioni del citato articolo, stabilite con lo scopo di garentire i dritti degli eredi di riserva, sono di natura eccezionale, e resistono per conseguen-

altresì gravare i suoi immobili o di ipoteche o di servitù (1), purchè lo faccia di buona fede, e non già in frode o in odio dell'istituzione (2). È in pari tempo autorizzato a fare, nell'interesse della sua memoria, le disposizioni testamentarie che egli stimi convenevole, purchè queste non sieno eccessive. L'istituente non può, del resto, interdirsi la facoltà di disporre a titolo oneroso dei beni formanti l'oggetto dell'istituzione contrattuale. Laonde, egli ne gode, non ostante qualunque convenzione o rinunzia contraria (3).

2) L'istituito è, dal giorno stesso dell'istituzione, contrattualmente rivestito del titolo di erede o di successore dell'istituente, ed irrevocabilmente investito del diritto di successione che questo titolo gli conferisce. Ma non diviene proprietario dei beni formanti l'oggetto dell'istituzione, se non se a contare dalla morte dell'istituente; e la trasmessione di proprietà che si verifica a suo vantaggio non produce neppure effetto retroattivo (4).

Dal principio che l'istituito è,

za ad ogni applicazione ad altre materie. Del resto, è cosa evidente che se l'istituito offrisse di provare che l'alienazione col peso di una rendita vitalizia, benchè fatta in apparenza a titolo oneroso, non sia in realtà che una donazione mascherata, egli dovrebbe essere ammesso a fare questa prova, ed a domandare per conseguente la ritrattazione di questa alienazione. Duranton, IX, 714.

(1) Toullier, V, 833. Grenier, II, 412. Duranton, IX, 708. Ric. rig., 20 dicembre 1825, Sir., XXVI, 1, 179.

(2) Nel caso contrario, l'istituito potrebbe, provando la complicità dei terzi in pro dei quali le servitù o le ipoteche sieno state consentite, domandarne la rivocazione. Ei sarebbe del pari autorizzato a far rivocare le servitù costituite dall'istituente, senza essere obbligato a provare veruna intenzione fraudolenta, sia da parte di quest'ultimo, sia da parte dei terzi, se la costituzione ne avesse avuto luogo a titolo gratuito. Confr. le autorità citate nella nota precedente.

(3) Una somigliante convenzione o rinunzia costituirebbe una stipulazione sopra successione futura, la quale non andando compresa nella eccezione preveduta dagli art. 1038 e 1039, cadrebbe sotto l'applicazione della regola generale stabilita dagli art. 708 e 1084. Duranton, IX, 712 e 713. Riom, 4 dicembre 1810, Sir., XIII, 2, 348.

(4) È cosa assai difficile il determinare in un modo preciso la natura del dritto che compete all'istituito durante la vita dell'istituente, e non trovansi, quanto a ciò, nella più parte degli autori, salvochè nozioni molto vaghe. Così, Toullier (V, 835) e Favard de Langlade (*Rep.*, v. Istituzione contrattuale, num. 2) niegano allo istituito ogni diritto attuale, e gli accordano solamente una speranza di succedere ai beni che lascerà l'istituente, confessando nondimeno che la speranza abbia un grado di più di quella de' parenti chiamati dalla legge alla successione *ab intestato*. Duranton (VI, 49), dopo di aver detto che l'istituito non abbia altro che una semplice speranza, alla fine conviene non per tanto che questa speranza costituisca un diritto *tale quale*. Grenier (II, 411) esprimesi in un modo un poco meno oscuro e più esatto, dicendo: « L'istituito non è investito della pro-

fin dal giorno dell'istituzione, investito del diritto di successione che essa gli conferisce; risulta [illegible] prietà, se non alla morte dell'istituente; ma egli è investito del diritto fin dallo istante della disposizione ». Finalmente Chabot va evidentemente troppo lungi, allorchè insegna (*delle Successioni*, sull'articolo 641, n. 7) che l'istituito sia investito del suo diritto fin dal momento della istituzione, salva la risoluzione in caso di sopravvivenza dell'istituente. Quanto a noi, sembraci cosa certa, che da un canto, l'istituzione contrattuale conferisce all'istituito non solamente una speranza o aspettativa di succedere all'istituente, ma bensì un diritto irrevocabilmente acquisito; che, dall'altro canto, questo diritto acquisito, in sè stesso e sotto il rapporto del suo titolo, non costituisce nondimeno altro che un diritto successorio, vale a dire, un diritto la cui apertura è non solamente subordinata tanto alla morte dell'istituente quanto alla sopravvivenza dell'istituito; ma il cui oggetto medesimo non esisterà che nel tempo dello avvenimento di questa morte: *Nulla viventis haereditas, nulla bona haereditaria*. La prima parte di siffatta proposizione sembraci giustificata mercè questa considerazione, cioè, che l'istituzione contrattuale non può essere rivocata dall'istituente nè direttamente nè indirettamente per mezzo di disposizioni, colle quali egli eccedesse la quota disponibile, e che essa non potrebbe neppure esserlo, senza retroattività, da una legge posteriore a quella sotto l'impero della quale sia stata fatta. Adunque, la posizione dell'istituito è più sicura di quella dell'erede *ab intestato*, di cui tutte le speranze possono essere annientate mercè disposizioni a titolo gratuito: essa è ancora più sicura di quella dell'e-

che egli può, durante la vita dell'istituente, cedere questo diritto (1), ed anche rinunziare ad [illegible] rede di riserva, il quale può vedersi torre da una legge posteriore l'aspettativa della riserva che gli prometta la legislazione attuale. L'istituito ha dunque un diritto acquisito, appunto perchè il suo titolo è irrevocabile. Ma, qual è mai la natura di questo diritto? È evidentemente un diritto di proprietà, il quale nondimeno non versa che sopra beni futuri, vale a dire, sopra beni i quali non esisteranno, come materia di questo diritto, se non che nel tempo dell'apertura della successione dell'istituente. In una parola, il diritto dell'istituito è un diritto successorio, vale a dire, un diritto il quale, non solamente è condizionale quanto alla sua apertura, è ancora eventuale quanto al suo oggetto. Così, la trasmessione della proprietà dei beni formanti la materia del diritto dell'istituito non si verifica che dal momento in cui essi rivestano il carattere di beni ereditarii; e, per una ulteriore conseguenza, questa trasmessione non ha effetto retroattivo al giorno in cui abbia avuto nascimento il diritto in virtù del quale essa abbia avuto luogo, come ciò avviene quando trattisi di un diritto semplicemente condizionale. La distinzione, che abbiamo cercato di sviluppare in questa nota, ci sembra essere stata indicata da Jaubert, il quale diceva nel suo rapporto al tribunato: « È mestieri distinguere il titolo e l'emolumento. Il titolo è irrevocabile..... Ma, quanto all'emolumento, esso non potrà essere veramente conosciuto che nel tempo della morte ». Confr. Locrè, *Legisl.*, t. XI, p. 484, n. 83, p. 362.

(1) *Non obstant* art. 708, 1084 e 1445. Questi articoli, i quali proibiscono ogni alienazione di diritti even-

esercitarlo in pregiudizio di una persona determinata (1), allorchè d'altronde questa persona sia, dal canto suo, autorizzata ad accettare una somigliante rinunzia. Così, deesi riguardare come valida la rinunzia fatta a favore, sia di un donatario di beni presenti, sia anche di un donatario di beni futuri, gratificati dall'istituente dopo dell'istituzione (2).

Per contrario, la rinunzia sa-

tuali sulla successione di una persona vivente, ci sembrano estranei alla successione di che trattasi nel testo. Di fatti il diritto, che l'istituzione contrattuale conferisce, non è un diritto eventuale di successione, se non relativamente all'oggetto che debba formarne la materia. Riguardato sotto l'aspetto della sua acquisizione astratta, esso costituisce un diritto convenzionale, attuale ed irrevocabile, e trovasi appunto perciò capace di cessione, a differenza delle semplici speranze o aspettative di successione, che il legislatore aveva in mira nel tempo della compilazione de' citati articoli. Duvergier, *della Vendita*, I, 232. Civ. rig., 11 novembre 1828. Sir., XXIX, 1, 63. Vedi in senso contrario: Toullier, XII, 16; Duranton, VI, 49.

(1) Le spiegazioni date nella nota precedente vengono ugualmente in appoggio di questa seconda parte della nostra proposizione. Noi riconosciamo bene, che soltanto dopo la morte dell'istituente e dopo l'apertura della sua successione l'istituito potrà essere ammesso a scegliere tra l'accettazione o la ripudiazione della eredità di lui. Ogni scelta anteriore sarebbe prematura e contraria tanto agli art. 708, 1084 e 1443, quanto alla massima: *Quod quis si velit habere non potest, repudiare non potest*. Ma questi articoli e questa massima sono ugualmente estranei alla rinunzia di cui parliamo, la quale non costituisce già una repudiazione puramente abdicativa della successione dell'istituente, e nella quale non deesi ravvisare che una convenzione mercè di cui l'istituito si obbliga a non esercitare, in pregiudizio di una determinata persona, un diritto di che egli trovasi attualmente ed irrevocabilmente investito. Una somigliante convenzione non è punto incompatibile con la facoltà di scegliere in appresso tra la ripudiazione o l'accettazione della successione dell'istituente. In caso di ripudiazione, la convenzione diverrà senza oggetto; in caso di accettazione, essa varrà come cessione. Tale ci sembra essere il vero senso della distinzione sviluppata da Cujacio (sulla L. 45, § 1, D. *de Leg.* 2., t. VII, p. 1244, *Aliud est repudiare, aliud pacisci: repudiamus delata tantum; paciscimur etiam de non delatis*. Del resto vuolsi notare, che la rinunzia di cui parliamo nel testo, versando, da parte dell'istituito sopra un diritto il quale forma per lui un bene presente, essa può, per quanto lo concerne, aver luogo anche per donazione tra vivi. Conf. le tre note seguenti. Vedi in senso contrario: Benech, *Della quota disponibile*, p. 451 a 456; Duranton e Toullier, *luoghi cit.*

(2) Civ. rig., 18 aprile 1813, Sir., XIII, 1, 137. Bourges, 29 agosto 1832, Sir., XXXIV, 2, 54. Bourges, 9 aprile 1840, Sir., XLI, 2, 470. Confr. Poitiers, 25 luglio 1839, Sir., XXXIX, 2, 502; Ric. rig., 10 agosto 1849, Sir., XL, 1, 737. Vedi in senso contrario: Tolosa, 15 aprile 1842, Sir., XLII, 2, 385. Non sarebbe neppur necessario che la rinunzia a vantaggio di un donatario di beni futuri fosse fatta ed accettata nel contratto di matrimonio di quest'ultimo. Essa potrebbe esserlo con un atto

rebbe nulla se avesse avuto luogo a vantaggio, sia degli eredi *ab intestato* dell' istituente (1), sia pure a vantaggio di quest' ultimo (2). Del rimanente, va bene inteso che la rinunzia non può giammai recare offesa ai diritti competenti, in virtù dell'istituzione medesima o delle altre convenzioni matrimoniali; tanto al coniuge dell' istituito, quanto ai figli nati o da nascere dal matrimonio. Ma nulla impedirebbe che essa avvenisse durante il matrimonio (3).

Dal principio che l'istituito non

posteriore. Nulla impedisce di fatti, che un donatario di beni futuri, attualmente ed irrevocabilmente investito del suo diritto, stipuli per assicurarsi nell'avvenire l'efficacia di questo diritto. La rinunzia che egli accetti con questo scopo non costituisce dal canto suo una stipulazione sopra successione futura, più che essa non ne formi una dal canto di colui che l'abbia fatta. Vedi le due note precedenti.

(1) Gli eredi *ab intestato* dell'istituente non potendo avere interesse di accettare la rinunzia fatta in loro vantaggio, se non che per ragione dell'aspettativa puramente legale di raccogliere l'eredità di quest'ultimo, l'accettazione di tale rinunzia costituisce evidentemente da parte loro una stipulazione sopra successione futura, la quale rientra sotto la proibizione degli art. 708, 1084 a 1443. Poitiers, 24 luglio 1939, Sir., XXXIX. 2 502. Ric. rig., 10 agosto 1840, Sir., XI, 1, 757.

(2) La ragione si è, che l' istituente non ha, per quanto concerne l'esercizio vitalizio del diritto di proprietà che gli compete sul suo patrimonio, alcun vero interesse a stipulare l'estinzione della istituzione contrattuale, la quale non gli toglie punto la facoltà di alienare i suoi beni a titolo oneroso, e la quale, benchè lo privi del diritto di far disposizioni a titolo gratuito, non autorizza nondimeno chiechessia a provocare, durante la sua vita, la ritrattazione delle disposizioni di questa natura che egli per avventura avesse fatte. Or è di principio, che lo interesse è la misura della validità delle stipulazioni: *Nemo potest utiliter stipulari quod sua non interest.* L' istituente non potrebbe avere interesse a stipulare la rivocazione della istituzione contrattuale, se non per fare mantener ferme, dopo la sua morte, le disposizioni tra vivi o testamentarie fatte in dispregio di questa istituzione, o per lasciar pervenire ai suoi eredi *ab intestato* i beni che vi si trovino compresi. Ma, nell'uno e nell'altro caso, trattasi unicamente di un interesse di oltre la tomba; ed ogni stipulazione fatta in considerazione di un tale interesse costituisce necessariamente una stipulazione sopra successione futura. A queste ragioni, tratte dalla posizione dell'istituente, si può eziandio aggiugnere che, dal canto dell'istituito, la rinunzia di cui ora parliamo costituisce ugualmente, a cagione della sua incompatibilità con la facoltà di accettare ancora la successione dell'istituente dopo la morte di quest' ultimo, una rinunzia a successione futura. Riom, 30 aprile 1811, Sir., XV, 2, 71. Lione, 16 gennaio 1838, Sir., XXXVIII, 2, 453. Civ. rig., 16 agosto 1841, Sir., XLI, 1, 684.

(3) *Non obstat* art. 1349. Di fatti, noi non ammettiamo la validità della rinunzia, se non quando essa sia fatta a vantaggio di un donatario posteriore; e siccome essa non può, in somigliante caso, produrre altri effetti che quelli di una cessione, così essa costituisce ben meno un can-

diviene proprietario dei beni formanti l'oggetto dell'istituzione, se non a contare dalla morte dello istituente, e che la trasmessione di proprietà la quale si opera in suo favore non produce effetto retroattivo, derivano, tra le altre, le seguenti conseguenze:

L'istituito non può, prima della morte dell'istituente, disporre, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito, dei beni che debba raccogliere in virtù dell'istituzione (1). I suoi creditori non sono autorizzati a pignorare tali beni, salvochè a contare da questa morte. Similmente, soltanto a partire da tale avvenimento, i beni medesimi si trovano colpiti dalle ipoteche generali che questi creditori possano avere anteriormente ottenute (2). L'istituito non può, durante la vita dell'istituente, nè dimandare la ritrattazione delle disposizioni a titolo gratuito aventi per oggetto beni compresi nell'istituzione, nè in pari tempo prendere, per quanto riguarda tali beni, alcun provvedimento conservatorio (3).

giamento al contratto di matrimonio, che un esercizio del diritto conferito da questo contratto. Benech, *Della quota disponibile tra coniugi*, p. 440 a 451. Civ. rig., 18 aprile 1812, Sir, XIII, 1, 137. Bourges, 29 agosto 1832, Sir., XXXIV, 2, 54. Vedi in senso contrario: Tolosa, 15 aprile 1842, Sir., XLII, 2, 385.

(1) Toullier, V, 838. Duranton, IX, 688 e 689.

(2) Grenier, II, 424. La regola enunciata nel testo si applica anche alla ipoteca legale di cui la moglie dell'istituito goda per le sue doti e per le sue convenzioni matrimoniali. La disposizione dell'art. 877 essendo di una natura affatto eccezionale, non è suscettiva d'interpretazione estensiva, e può tanto meno applicarsi alla ipotesi di cui qui trattasi, in quantochè non havvi veruna analogia tra questa ipotesi e quella sulla quale statuisce siffatto articolo, Grenier, *luogo cit.*

(3) La posizione dell'istituito deve, in quanto concerne l'oggetto del suo diritto, essere assomigliata a quella di un erede di riserva. Il diritto del primo versando come quello del secondo solamente sopra beni futuri, vale a dire, sopra i beni che faranno parte dell'eredità dell'istituente, ne risulta che, per l'uno come per l'altro, l'esercizio del diritto che loro compete non può più, quando si cessi dal riguardare questo diritto in un modo astratto onde considerarlo per rapporto a' beni che ne formino la materia, aver luogo, se non che dopo l'apertura della successione di quest'ultimo. Indarno si trae ragione dall'art. 1133 per sostenere che l'istituito sia, anche prima della morte dell'istituente, autorizzato a fare tutti gli atti conservatorii del suo diritto. Di fatti, quest'articolo non trovando il suo fondamento e la sua giustificazione, se non che nella retroattività che segue all'adempimento delle condizioni, è estraneo ad un diritto, il quale versando solamente sopra i beni ereditarii, non può, neppur fittiziamente, essere reputato di retroagire, in quanto concerne la trasmessione della proprietà di questi beni, al di là dell'epoca in cui essi abbiano rivestito il carattere sotto il quale sono stati riguardati, vale a dire, al di là dell'apertura della successione dell'istituente. Se l'istituito è autorizzato a respingere le alienazioni a titolo gratuito fatte in dispregio della istituzione, ciò non è perchè reputisi essere egli stato proprietario

3. Per la morte dell'istituente, l'istituito diviene di pieno diritto proprietario dei beni formanti l'oggetto dell'istituzione. Egli è nondimeno autorizzato a ripudiare la successione dell'istituente(1). Se l'accetti, può farlo puramente e semplicemente, ovvero col beneficio dell'inventario (2).

L'istituito gode della investitura ereditaria nel caso preveduto dall'art. 932, e non ne gode che in questo caso, vale a dire, allorchè l'istituzione sia universale e non esistano eredi di riserva (3). Ma l' istituito, anche privo della investitura ereditaria, non è però sottoposto alla necessità di una dimanda di rilascio propriamente detta, sia per essere ammesso ad intentare, contro gli eredi o contro i terzi, le azioni possessorie o petitorie relative ai beni compresi nella istituzione; sia per aver diritto ai frutti ed alle rendite di tali beni. Questi frutti e queste rendite gli appartengono di pieno diritto dal giorno stesso della morte, o che l'istituzione sia universale, o che sia a titolo universale, o che sia a titolo particolare (4). Nondimeno, allorchè

dei beni alienati dal giorno medesimo dell'acquisto del suo diritto, ma bensì perchè questi beni sono, riguardo a lui, considerati come non usciti dal patrimonio dell'istituente, e come trovantisi ancora nella sua eredità.

(1) Egli è così, anche nel caso in cui l'istituito abbia formalmente accettata, col suo contratto di matrimonio, l'istituzione contrattuale fatta in suo favore. Conf. art. 1042. La facoltà di scegliere tra la ripudiazione o l'accettazione della successione dell'istituente, dopo l'apertura di questa, trovasi virtualmente compresa nel diritto successorio, che l'istituzione contrattuale conferisce. Adunque, l' accettazione di questo diritto non produce l'accettazione di questa successione, e non ne impedisce la ripudiazione. Art. 1041, ed arg. da quest'articolo. Merlin, *Rep.* v. Istituzione contrattuale, § 11 n. 5. Conf. Tolosa, 15 aprile 1312, Sir., XLII, 2, 285.

(2) Toullier, IV, 395. Merlin, *op. e c. cit.* § 11, n. 4. Chabot, *delle Successioni*, sull'artic. 691, n. 14. Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss. 1 sull'art. 691. Duranton, IX, 721.

(3) L'artic. 932, il quale accorda l'investitura ereditaria al legatario universale, quando non sienvi eredi di riserva, deve a maggiore ragione applicarsi al donatario universale di beni futuri. Duranton, IX, 719. Pare che Chabot (sull'art. 691 n. 14) e Merlin (*Rep.* v Istituzione contrattuale, § 10, n. 2, § 11, n. 2) ammettano l'investitura ereditaria in favore di tutti i donatarii di beni futuri, senza distinzione. Ma la loro opinione è evidentemente contraria al testo ed allo spirito degli artic. 645 e 932. Questi autori sembra, abbiano confusa l' investitura ereditaria o legale, e la investitura convenzionale. Se, come lo fermeremo nella nota seguente, tutti i donatarii di beni futuri sono per convenzione investiti dei loro diritti, non ne risulta perciò che essi godano tutti della investitura ereditaria.

(4) Chabot, *delle Sostituzioni*, sull'art. 645, n. 13. Tolosa, 28 gennaro 1843, Sir., XLIII, 2, 194. Duranton (IX, 719 e 720) insegna per contrario, che quando l'istituito non goda della investitura ereditaria, egli sia, a guisa di un legatario, sottoposto alla obbligazione di una domanda di rilascio, soprattutto per aver diritto a' frutti ed alle rendite

l'istituzione contrattuale abbia per oggetto una somma determinata da prendersi sui beni componenti l'eredità dell'istituente, gl'interessi di questa somma non decorrono a favore dell'istituito, se non dal giorno della dimanda di pagamento (1).

L'istituito è, dopo la morte dell'istituente, autorizzato a pretendere la restituzione delle cose di cui quest'ultimo abbia disposto a titolo gratuito, in dispregio dei dritti conferiti coll'istituzione contrattuale. Quest'azione di restituzione (2) è, in generale, regolata dagli stessi principii che l'azione di riduzione competente all'erede di riserva (3). Così, per esempio, essa può, in materia immobiliare, essere esercitata non solo contro i donatarii dell'istituente, ma eziandio contro i terzi possessori (4). Quindi ancora, essa fa svanire tutte le servitù e le ipoteche costituite, sia dai donatarii, sia dai terzi possessori (5). In fine, essa si prescrive, contro ogni persona, mercè trent'anni a contare dall'apertura della successione dell'istituente, e, contro i terzi possessori con giusto titolo e di buona fede, mercè dieci a venti anni, a partire dalla stessa epoca (6).

Le regole che reggono le obbligazioni dei legatarii in quanto al pagamento dei debiti o dei pesi della successione, diversi dai legati, si applicano altresì, in ge-

dei beni compresi nella istituzione. Vedi ugualmente in questo senso: Belost-Jolimont, sopra Chabot, oss., 3, e sull'art. 691. Sembra che Duranton sia stato indotto ad emettere questa opinione dalla supposizione che l'obbligo di domandare il rilascio sia una conseguenza necessaria della privazione della investitura ereditaria. Ma questa supposizione, la quale non è punto esatta in tesi generale, è compiutamente falsa per quanto concerne il donatario di beni futuri, il quale convenzionalmente investito del suo diritto pel medesimo effetto della istituzione contrattuale, dee poterlo esercitare in virtù della investitura conferitagli dall'istituente, senza aver bisogno di ricorrere a tal fine agli eredi di costui.

(1) In somigliante caso, l'istituito presentasi ben meno come proprietario o comproprietario dei beni componenti l'eredità dell'istituente, che come creditore di questa eredità, e trovasi per conseguenza sottoposto alle disposizioni dell'articolo 1107.

(2) Quest'azione è un'azione di restituzione, e non già un'azione di nullità; perchè l'istituito non deve domandare l'annullamento di atti ai quali egli sia stato estraneo, ed i quali, fatti in dispregio del diritto di cui egli trovasi irrevocabilmente investito durante la vita dell'istituente, hannosi perciò appunto a considerare, quanto a lui, come non avvenuti. Art. 1118.

(3) Questa assimilazione trovasi di già giustificata mercè le considerazioni sviluppate altrove.

(4) Art. 847.

(5) Art. 846.

(6) La prescrizione non corre che a partire dall'apertura della successione; perciocchè prima di quest'epoca l'istituito non può esercitare veruna azione, nè fare alcun atto conservatorio contro i donatarii o i terzi possessori.

nerale, ai donatarii di beni futuri (1). Laonde, allorchè l'istituzione sia universale, e non esistano eredi di riserva, il donatario è personalmente tenuto, anche *ultra vires*, al pagamento di tutti i debiti e pesi della successione, eccetto se egli abbia usato del benefizio dell'inventario (2). Per contrario, il donatario universale che trovisi in concorso con eredi di riserva, e il donatario a titolo universale, non sono personalmente tenuti al pagamento dei pesi della successione, se non proporzionalmente alla loro parte ereditaria, e non vi sono giammai tenuti *ultra vires*, quando ancora non fossero riscossi al benefizio dell'inventario (3). In fine, il donatario particolare non è sottoposto ad alcuna obbligazione personale, per quanto concerne il pagamento dei debiti e dei pesi della successione dello istituente (4). Quanto ai legati, l'istituito non è tenuto a soddisfarli o a contribuire al loro pagamento, se non quando trattisi di legati validi riguardo a lui, giusta la disposizione dell'art. 1039. Tranne questo caso, lo soddisfazione dei legati rimane a carico esclusivo degli eredi *ab intestato* o dei legatarii.

3) Tutto ciò che è stato detto nel numero precedente, sui dritti e sulle obbligazioni dello sposo istituito, dev'essere esteso *mutatis mutandis*, ai figli e discendenti nati dal matrimonio che gli sieno stati espressamente o tacitamente sostituiti.

Questi ultimi sono, nel caso di premorienza dell'istituito, e sotto la condizione della loro sopravvivenza all'istituente, chiamati a raccogliere, *iure suo*, i beni compresi nell'istituzione che dividonsi tra loro, secondo le regole ammesse in materia di successione.

L'applicazione di questo principio mena alle seguenti conseguenze:

a. L'istituito e l'istituente non possono, neppure di un comune accordo, annientare o modificare il dritto eventuale di cui i figli e discendenti nati e da nascere dal matrimonio, a contemplazione del quale l'istituzione contrattuale abbia avuto luogo, si trovino investiti nel loro proprio nome, in

(1) Questo principio è generalmente ammesso. La controversia aggirasi unicamente intorno alla sua applicazione.

(2) Chabot, *op. cit.*, sull'art. 691, n. 14. Merlin, *op. cit.*, § 11, n. 2, Duranton, IX, 721.

(3) Duranton, *luogo cit.* Chabot e Merlin (*op. e luogo cit.*) sottopongono i donatarii, dei quali si è parlato nel testo, all'obbligo di pagare, anche *ultra vires*, i debiti e pesi della successione, quando non abbiano avuto ricorso al benefizio dell'inventario. La loro opinione su questo punto rannodasi a quella che noi abbiamo di già confutata altrove. Confr. Belost-Jolimont, *op. e luogo cit.* Del resto, intendesi bene, che, in mancanza di un inventario generale, i donatarii dei quali qui trattasi potrebbero trovarsi sottoposti all'obbligo di pagare i debiti e pesi ereditarii, anche al di là del loro emolumento, mancando eglino di giustificare in un modo regolare l'ammontare di questo emolumento.

(4) Confr. art. 979.

virtù della sostituzione volgare; espressa o tacita fatta a loro vantaggio (1).

b. Questi figli e discendenti sono autorizzati ad accettare il benefizio dell'istituzione, anche rinunziando alla successione dello istituito (2).

c. I figli di primo grado si dividono per capi. I discendenti dai figli morti prima dell'istituente concorrono coi figli superstiti. La divisione, in questo caso, si fa per istirpe (3).

d. I figli del primo grado, o i discendenti d'un grado ulteriore, che sieno morti senza figli o discendenti prima dell'Istituente, sono reputati di non essere giammai esistiti quanto all'istituzione, il cui emolumento dividesi tra i superstiti nel modo dianzi indicato (4).

Se i due sposi istituiti congiuntamente (5), l'uno premuoia allo istituente, e l'altro gli sopravviva, la porzione del premorto si accresce al superstite (6). Quest'ultimo è anche preferito ai figli e discendenti nati dal matrimonio; eccetto se costoro sieno stati sostituiti al premorto; nel qual caso essi la vincono sul superstite (7). Se, per contrario, gli sposi, benchè istituiti tutti e due, non lo sieno stati però congiuntamente, la porzione del premorto non si accresce giammai al superstite. Essa viene raccolta dai figli o discendenti, quando costoro sieno stati sostituiti o a' due sposi, o allo sposo premorto. Diviene caduca, quando sieno stati sostituiti al solo sposo superstite.

Tutte le regole testè sviluppate relativamente alla premorienza, sia dello sposo o di uno degli sposi istituiti, sia dell'uno o dell'altro dei figli o discendenti sostituiti, si applicano ugualmente al caso di rinunzia, da canto di queste persone, al benefizio dell'istituzione o della sostituzione fatta a loro favore.

Allorchè l'istituito sopravviva all'istituente, ed accetti la disposizione fatta in suo favore, il diritto eventuale di sostituzione dei figli o discendenti, nati o da nascere dal matrimonio, si estingue.

L'istituito, che abbia una volta raccolti i beni compresi nell'istituzione, ne può disporre come gli talenta. I figli e discendenti sostituiti non hanno dritto a questi beni, più che agli altri beni componenti la sua successione, e non possono pretendervi se non

(1) Duranton, IX, 688 a 690. Grenier, II, 415 e 416. Merlin, *op. e v. cit.* § 13, n. 5 e 6.

(2) Toullier, V, 840. Grenier, II, 418. Duranton, IX, 679.

(3) Merlin, *op. e v. cit.* § 13, n. 1 e 2. Grenier, II, 419. Toullier, V, 843. Duranton, IX, 684 a 687.

(4) Duranton, IX, 687.

(5) Vedi, intorno a ciò, che debbasi intendere per una disposizione fatta congiuntamente.

(6) Questo diritto di accrescere risulta evidentemente dalla combinazione degli art. 1044, 999 e 1000. Grenier, II, 422. Toullier, V, 844.

(7) Toullier, *luogo cit.*, non ammette il diritto di accrescere, se non quando non esistano figli o discendenti nati dal matrimonio.

che accettando quest' ultima (1).

4. Parliamo della caducità e della rivocazione dell' istituzione contrattuale.

1) L'istituzione contrattuale diviene caduca, allorchè coloro a prò dei quali sia stata fatta, o in primo luogo o in secondo luogo, trovinsi gli uni e gli altri nella impossibilità di raccoglierla per una causa qualunque. Così avviene principalmente (2):

a. Nel caso preveduto dall'articolo 1043;

b. Allorchè lo sposo o gli sposi istituiti sieno premorti all'istituente, o naturalmente o civilmente, senza lasciare alcuna discendenza nata dal matrimonio a contemplazione del quale l'istituzione contrattuale sia stata fatta (3); come ancora allorchè i figli discendenti nati da tal matrimonio sieno essi pure premorti senza discendenza legittima. Art. 1044.

2) L' istituzione contrattuale è ancora caduca, allorchè lo sposo o gli sposi istituiti, ed i figli o discendenti sostituiti, rinunziino, gli uni al beneficio della istituzione, gli altri a quello della sostituzione (4).

L' istituzione contrattuale divenuta caduca, per l' una o per l' altra delle cause testè indicate deesi considerare come non fatta, e non s'imputa sulla quota disponibile. Laonde, la caducità giova, nei limiti di questa quota, ai donatarii posteriori ed ai legatarii, in questo senso, che essa rende efficaci le disposizioni fatte a loro vantaggio, le quali, senza questa circostanza, sarebbero rimaste in tutto o in parte prive di esecuzione, come lesive, sia dei dritti dell' istituito, sia di quelli degli eredi di riserva (5).

(1) Toullier, V, 839. Duranton, IX, 680.

(2) Confr. sulla caducità in generale.

(3) L' esistenza di figli o di discendenti nati da un altro matrimonio non impedirebbe la caducità della istituzione contrattuale. L'art. 1044 dice per verità, in un modo assoluto: « senza discendenza »; ma è cosa evidente che il legislatore ha inteso di parlare della sola discendenza nata dal matrimonio a contemplazione del quale l' istituzione abbia avuto luogo; perciocchè i soli figli e discendenti da nascere da questo matrimonio possono essere chiamati a raccorre, per via di sostituzione volgare, il beneficio di tale istituzione. Duranton, IX, 722.

(4) Intendesi bene, non potersi qui trattare che di una rinunzia puramente abdicativa, e non già di una rinunzia fatta a favore di una persona la quale non si trovasse chiamata a raccogliere, esclusivamente ad ogni altra, il beneficio della istituzione. Una rinunzia dell'ultima specie costituirebbe piuttosto una cessione che una rinunzia propriamente detta, e non trarrebbe seco la caducità dell'istituente. Conf. art. 697.

(5) Molto a torto si è tentato di porre in contestazione la giustezza di queste proposizioni pel caso in cui l' istituzione contrattuale sia divenuta caduca in conseguenza di rinunzia, e si è voluto sostenere, fondandosi sull'art. 703, che il beneficio della rinunzia dovesse in somigliante caso tornare ad esclusivo vantaggio degli eredi *ab intestato*. L'art. 703 è estraneo alla ipotesi di che si tratta, perciocchè l' istituito non essendo chiamato in virtù dello

L' istituzione contrattuale non diviene caduca per la morte dell' istituente prima della celebrazione del matrimonio, a contemplazione del quale sia stata fatta (1).

L' istituzione contrattuale è rivocabile per sopravvegnenza di figli; non lo è però per causa di ingratitudine.

5. Parliamo della promessa di uguaglianza (2).

La clausola d' un contratto di matrimonio, con la quale un padre o una madre si obblighi, maritando uno dei suoi figli, di lasciargli nella sua successione una porzione uguale a quella degli altri, vale, in pro del futuro coniuge, per rapporto ai suoi fratelli ed alle sue sorelle, come istituzione contrattuale d'una porzione ereditaria della quota disponibile (3), e non vale, in generale,

stesso titolo che gli eredi *ab intestato* alla successione dell' istituente, non è evidentemente il coerede di questi ultimi, nel senso del citato articolo. Adunque, la devoluzione dei beni formanti l' oggetto della rinunzia non dee regolarsi giusta l'art. 703, ma giusta il principio che la caducità di una disposizione a titolo gratuito torna sempre a vantaggio di coloro, in pregiudizio dei quali siffatta disposizione avrebbe ricevuta la sua esecuzione. D'altronde, con qual diritto mai gli eredi *ab intestato* vorrebbero imputare sulla quota disponibile una disposizione divenuta caduca, e che appunto perciò dersi considerare come non mai esistita? Con qual diritto soprattutto agirebbero essi per la riduzione contro i donatarj o legatarii gratificati dopo della istituzione contrattuale, benchè, per effetto della caducità di questa istituzione, si trovino soddisfatti della loro riserva? Vedi nel senso della nostra opinione; Maleville, sull' art. 703; Benech, *Della quota disponibile tra coniugi*; Tolosa, 15 aprile 1842, Sir., XLII, 2, 385; Ric. rig., 20 dicembre 1843, Sir., XLIV, 1, 214; Bordeaux, 5 febbraro 1844, Sir., XLIV, 2, 345; Agen, 22 aprile 1844, Sir., XLIV, 2, 391.

(1) Grenier, II, 428.

(2) Questa clausola è ancora indicata co' nomi di *assicurazione di porzione ereditaria* o di *riserva a succedere*.

(3) Merlin, *Rep.* v. Istituzione contrattuale, § 6, n. 3. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato v. med.* n. 33. Duranton, IX, 698. Parigi, 26 gennaro 1833, Sir., XXXIII, 2, 197. Ric. rig., 11 marzo 1833, Sir., XXXIV, 1, 178. Douai, 28 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 379. Ric. rig., 8 dicembre 1837, Sir., XXXVIII, 1, 476. Amiens, 15 dicembre 1838, Sir., XXXIX, 2, 204. Championnière e Rigaud (*Trattato dei diritti di registratura*, IV, 2951) sono, per quanto è a nostra conoscenza, i soli autori moderni i quali sostengono che la promessa di uguaglianza non costituisca una istituzione contrattuale. Essi si fondano: 1. sopra un passaggio, il quale per errore attribuiscono a Lebrun, mentre si appartiene al suo annotatore Espiard, e secondo il quale la promessa di uguaglianza non costituirebbe nè una istituzione contrattuale, nè medesimamente una disposizione tra vivi o a causa di morte, ma un semplice patto di famiglia, obbligatorio come tale (Lebrun, *delle Successioni*, lib. III, cap. II, n. 12); 2. sopra un arresto della Corte di cassazione del 15 dicembre 1818; 3. sopra la circostanza che la promessa di uguaglianza non toglie a colui, che l'abbia fatta, la facoltà di disporre a titolo gratuito in favore di estranei.

che come tale (1). Siffatta clausola non liga il padre o la madre, se non verso il figlio che figuri come futuro coniuge nel contratto di matrimonio, e non riguardo agli altri, quando anche questi ultimi avessero stipulato in tale contratto (2). L'unico suo oggetto si è il garentire l'istituito contro le disposizioni ulteriori che l'istituente potesse fare a favore degli altri suoi figli o discendenti, e non già contro quelle che egli facesse a favore di estranei (3). Finalmente, questa clausola non ha effetto che fino alla concorrenza della porzione ereditaria del futuro coniuge nella quota disponibile (4).

Dalla combinazione di queste

Noi risponderemo: 1. che l'opinione di Espiard menerebbe a negare alla promessa di uguaglianza ogni specie di efficacia sotto l'impero della nostra nuova legislazione; perciocchè tale promessa costituisce evidentemente un patto sopra futura successione, il quale non può valere che come istituzione contrattuale; e questa considerazione dee bastare per far rigettare la detta opinione: 2. che l'arresto della Corte di cassazione, invocato da Championnière e Rigaud, è estraneo al punto in discussione: quest'arresto, che noi citiamo, ha statuito sopra una quistione affatto diversa: 3. che se la promessa di uguaglianza non toglie a colui, che l'abbia fatta, la facoltà di disporre a titolo gratuito in favore di estranei, ciò non impedisce che essa valga come istituzione contrattuale riguardo a' fratelli e sorelle di colui in pro del quale abbia avuto luogo.

(1) Diciamo *in generale*; perciocchè si potrebbero presentar circostanze nelle quali la promessa di uguaglianza importerebbe donazione tra vivi di beni presenti. Se, a cagion d'esempio, un padre avesse fatta per contratto di matrimonio una donazione tra vivi di beni presenti alla sua figlia, e le avesse in pari tempo promesso l'ugualianza, nel caso in cui egli vantaggiasse gli altri suoi figli al di là di ciò che le abbia donato pel matrimonio, una tale promessa costituirebbe una donazione condizionale, che darebbe adito ad un'azione di ugugliamento dall'istante in cui de' vantaggi eccedenti quello che trovisi fatto per contratto di matrimonio, avessero avuto luogo in pro di un altro figlio. Merlin, *op. e luogo cit.*, *in fine*.

(2) La ragione si è, che l'istituzione contrattuale può solamente aver luogo in favore dei futuri coningi e dei figli da nascere dal matrimonio. Art. 1038. Merlin, *Rep.* v. Istituzione contrattuale, § 6, n. 11. Duranton, IX, 656 e 658. Delvincourt, II, 422.

(3) Il padre, il quale prometta ad uno dei suoi figli di mantener l'ugualianza fra loi e gli altri suoi figli, s'interdice solamente le disposizioni che la violerebbero, per effetto dei vantaggi che esse conferissero a questi ultimi in pregiudizio del primo.

(4) Dicesi ordinariamente che la promessa di ugualianza contenga, in favore di colui in pro del quale essa sia fatta, una istituzione contrattuale della porzione che debbagli spettare *ab intestato*. Ma, questo modo di parlare non è interamente esatto; perchè la porzione spettante all'istituito sulla riserva è indisponibile, ed ei la ripete, non dal defunto, ma dalla legge. È miglior cosa adunque lo esprimersi nella guisa onde noi lo abbiamo fatto nel testo. Del rimanente, l'ammontare della quota disponibile si

diverse proposizioni risulta, che l'istituente conserva la facoltà di disporre, a vantaggio di un altro figlio, di tutto che eccede la porzione ereditaria dell'istituito sulla quota disponibile (1), ed a vantaggio di un estraneo, alla totalità di questa medesima quota (2).

663 *c*. Delle disposizioni aventi cumulativamente per oggetto beni presenti e beni futuri (3).

Allorchè due donazioni distinte, delle quali l'una abbia per oggetto tutti o parte dei beni presenti del donante, e l'altra tutti o parte dei suoi beni futuri, trovinsi racchiuse in un medesimo contratto di matrimonio, la riunione di queste due donazioni in un solo atto istrumentario non le fa degenerare in una disposizione unica di natura particolare. Malgrado questa circostanza, esse non restano meno indipendenti l'una dall'altra, in guisa che ciascuna di esse è retta dalle regole che le son proprie, e che sono state esposte nei §§ 661 e 662 (4).

Per contrario, quando un contratto di matrimonio contenga una

calcola, conformemente alla regola generale, giusta il numero dei figli o discendenti naturalmente e civilmente esistenti nel giorno della morte dell'istituente. Se, per esempio, costui lasci sòlamente, compresovi l'istituito, due figli, la quota disponibile sarà di un terzo, e l'istituzione contrattuale verserà sulla metà di questo terzo, o sia, su di un sesto, benchè esistessero tre figli nel momento in cui tale istituzione sia stata fatta. *Vice versa*, la quota disponibile sarà soltanto di un quarto, e l'istituzione contrattuale verserà unicamente sul terzo di questo quarto, vale a dire, su di un dodicesimo, se l'istituente, il quale non aveva che due figli, compresovi l'istituito, nel tempo del contratto di matrimonio di quest'ultimo, ne lasci tre nel tempo della sua morte. Duranton, IX, 698. Grenier, II, 423.

(1) Così, per esempio, se esistono sei figli, compresovi l'istituito, l'istituzione contrattuale non varrà che sino alla concorrenza di un sesto del quarto formante l'ammontare della quota disponibile, vale a dire, fino alla concorrenza di un ventiquattresimo, e l'istituente avrà potuto validamente disporre, anche a pro di uno dei suoi figli, dei cinque altri ventiquattresimi formanti il dippiù della quota disponibile. L'istituito non ha di che dolersi; perciocchè egli ha ricevuto tutto ciò che eragli stato promesso; e se l'uguaglianza è stata violata, non lo è stata in suo pregiudizio. Duranton, *luogo cit.*

(2) Delvincourt, II, 422. Grenier, II, 423. Duranton, IX, 699. Civ. cass., 15 dicembre 1818, Sir., XIX, 1, 119. Vedi in senso contrario: Merlin, *Rep.*, v. Istituzione contrattuale, § 8, n. 8. La critica, che questo autore dirige contro l'arresto che abbiamo citato, è fondata sulla falsa supposizione che si trattasse, nella specie sulla quale siffatto arresto ha statuito, di una istituzione contrattuale ordinaria, mentre le espressioni del contratto di matrimonio che aveva dato nascimento alla contestazione, indicavano chiaramente; l'istituente non avere avuto in mira che una promessa di uguaglianza.

(3) Confr. su questa materia: Parere del consiglio di Stato dei 19 e 22 dicembre 1809, *Dissertazione*, di Delalleu, Sir., XV, 2, 249.

(4) Ric. rig., 18 maggio 1835, Sir., XXXV, 1, 862. Ric. rig., 30 gennaro 1839, Sir., XXXIX, 1, 443.

sola e medesima disposizione, che versi cumulativamente sopra tutti o parte dei beni presenti e futuri del donante, non deesi ravvisare in una simile disposizione una semplice unione di due donazioni distinte, di cui l'una avesse per oggetto i beni presenti, l'altra i beni futuri, ma bensì una donazione unica, di una natura particolare (1), e che è regolata dalle disposizioni degli articoli 1040 e 1041 (2).

Non pertanto, la quistione di

(1) Delvincourt (II, parte I, e II), insegna per contrario, sulle orme di Furgole (*Oss. sull'art. 17 dell'ordinanza del 1731*) e di Lebrun (*delle Successioni*, lib. III, cap. II, n. 37), che anche in questa ipotesi debbasi ammettere l'esistenza di due donazioni distinte, delle quali, una, avente per oggetto i beni presenti, investa attualmente della proprietà di questi beni il donatario, e non sia subordinata alla condizione della sua sopravvivenza; e l'altra, che versa sopra i beni futuri, possa essa sola essere assimigliata ad una istituzione contrattuale. Ma questo sistema è evidentemente inconciliabile con gli art. 1040, 1041 e 1044. E primamente, se la donazione cumulativa di beni presenti e futuri non si fosse presentata alla mente del legislatore se non come una unione di due donazioni semplicemente aggiunte l'una all'altra, ma d'altronde l'una dall'altra interamente distinte, ei non avrebbe pensato a consacrar le disposizioni speciali. Di fatti, secondo un tale sistema, diveniva cosa inutile lo attribuire al donatario, mediante una formale disposizione, un diritto di ozione il quale risultava necessariamente dalla stessa disgiunzione delle due donazioni contenute nella donazione cumulativa di beni presenti e futuri; e sarebbe stato anzi poco ragionevole il subordinare alla formazione di uno *stato* dei debiti e dei pesi esistenti nel giorno della donazione, una ozione, la quale, discendendo dal diritto comune, non doveva per questa medesima ragione essere soggettata ad una condizione particolare. Da un altro canto, la facoltà accordata al donatario di scindere la donazione cumulativa di beni presenti e futuri, fatta in suo favore, non potendo essere esercitata che alla morte del donante, non ne risulta forse che, fino a questo momento, la legge altro non vede in tal donazione salvochè una disposizione unica, la quale non investe dei beni presenti il donatario più che non lo investa dei beni futuri, e l'effetto della quale, per quanto concerne i primi del pari che i secondi, è sottoposto alla morte del donante ed all'esercizio dell'ozione a cui questa morte dà apertura? Come mai finalmente sarebb'egli possibile il sostenere che la donazione cumulativa di beni presenti e futuri non sia, per quanto concerne i beni presenti, subordinata alla condizione della sopravvivenza del donatario, a fronte dell'art. 1044, il quale dice positivamente il contrario? Di fatti, Delvincourt è rimasto pressochè egli solo del suo avviso. Di tutti gli autori moderni, Guilhon (II, 905) è, per quanto noi conosciamo, il solo che siasi pronunziato in favore del suo sistema, cui la giurisprudenza, e la dottrina hanno ugualmente respinto.

(2) Si potrebbero nondimeno presentare alcune circostanze, per ragione delle quali una donazione, benchè abbracciasse i beni presenti ed i beni futuri del donante, non dovrebbe essere considerata se non come una istituzione contrattuale pura e semplice, retta dalle disposi-

sapersi se le tali o le tali altre disposizioni fatte per contratto di matrimonio entrino nella prima o nella seconda delle ipotesi testè indicate, è una quistione di fatto e d'interpretazione di atto, la quale trovasi appunto perciò abbandonata alla estimazione dei tribunali.

La donazione cumulativa di beni presenti e futuri è una varietà dell'istituzione contrattuale. Anzi non ne differisce, a dire il vero, che pel diritto di ozione di cui gode il donatario: dritto, in virtù del quale è, sotto determinate condizioni, e dopo la morte del donante, autorizzato a scindere la disposizione fatta a suo vantaggio, vale a dire, a ripudiare i beni futuri per attenersi ai beni presenti (1).

La somiglianza che esiste, salvo il diritto di ozione di cui si è ora parlato, tra la donazione di beni presenti e futuri, e l'istituzione contrattuale, mena, fra le altre, alle conseguenze seguenti:

La donazione di beni presenti e futuri può aver luogo solamente per contratto di matrimonio, e non può esser fatta che a vantaggio dei futuri coniugi o de' figli e discendenti da nascere dal matrimonio (2). Art. 1040.

Salva una dichiarazione contraria, questa donazione è di pieno diritto reputata fatta a vantaggio dei figli e discendenti da nascere dal matrimonio, pel caso in cui i donatarii in primo ordine non potessero o non volessero accettarla (3). Avvenendo un tal caso, questi figli e discendenti son chiamati a raccogliere, *iure suo*, ed in virtù di una sostituzione volgare, tanto i beni presenti quanto i beni futuri compresi nella donazione (4).

Il donatario di beni presenti e

zioni degli art. 1038 e 1039. Confr. Bordeaux, 17 novembre 1828, Sir., XXIX, 2, 250.

(1) Vedi, per la giustificazione di questa doppia proposizione, gli sviluppamenti dati altrove.

(2) Adunque, una donazione cumulativa di beni presenti e futuri sarebbe nulla, anche quanto ai beni presenti, se essa non fosse stata fatta per contratto di matrimonio, o se avesse luogo in vantaggio di persone diverse da' futuri coniugi, e da' figli o discendenti nascituri dal loro matrimonio. Non per tanto, intendesi bene che i tribunali potrebbero, per interpetrazione dell'atto, e per applicazione della regola: *Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant*, decidere che una disposizione la quale fosse infetta di nullità, in quantochè vi si ravvivasse una donazione cumulativa di beni presenti e futuri, comprenda due donazioni distinte, e riconoscere così la validità di siffatta disposizione quanto a' beni presenti, conformemente all'art. 867.

(3) Arg. art. 1044.

(4) Laonde, questi figli e discendenti possono reclamare anche i beni presenti compresi nella disposizione, non ostante che rinunziino alla successione dei donatarii di primo ordine; e la cessione dei loro diritti successorii sulle eredità lasciate da questi ultimi non comprende i beni di che si tratta. Ricard, *delle Donazioni*, parte 1, n. 1063. Chabrol. *Consuetudine di Alvergnia*, II, 369. Auroux des Pommiers, *Consuetudine di Borbonese*, sull'artic. 20. Delaleu, *op. cit.*, Toullier, 858 e 859. Grenier, II, 434. Duranton,

futuri, benchè sia, anche vivente il donante, investito del suo diritto, considerato in un modo astratto, non è però investito della proprietà dei beni facienti l'oggetto della donazione, se non per la morte di esso donante. A tal riguardo non v'è alcuna distinzione a fare tra i beni futuri ed i beni presenti. Gli uni e gli altri rimangono, durante la vita del donante, di proprietà di questo ultimo, il quale può alienarli a titolo oneroso, e contro del quale possono essere pignorati, sotto la riserva dei diritti del donatario, senza che costui sia ammesso ad opporsi alla alienazione o al pignoramento (1).

La donazione di beni presenti e futuri diviene caduca, così pei primi come pei secondi (2), allorchè il donante sopravviva tanto al donatario quanto ai figli e discendenti nati dal matrimonio a contemplazione del quale essa sia stata fatta. Art. 1044.

Il diritto di ozione in virtù del quale i donatarii di primo ordine ed i sostituiti sono ammessi ad attenersi ai beni presenti, ripudiando i beni futuri, non può esercitarsi che alla morte del donante, e dopo l'apertura della sua successione. Questo diritto inoltre non compete loro se non in quanto sia stato annesso al contratto di matrimonio, che contenga la donazione, uno *stato* dei debiti e dei pesi del donante, esistenti nell'epoca in cui essa donazione sia stata fatta (3). Art. 1040.

In mancanza di tale *stato*, il quale non può essere supplito da una semplice dichiarazione indicante l'ammontare totale dei debiti (4), la donazione di beni presenti e futuri degenera in una

IX, 735 e 736. Dalloz, *Giur. gen.*, v. Disposizioni tra vivi e testamentarie, VI, n. 4 a 6, t. X. Poniol, sull'artic. 1041 n. 5. Coin Delisle, sull'art. 1041, n. 2 e 3. Ric. rig., 16 dicembre 1843, Sir., XLIV, 1, 273. Confr. Ric. rig., 11 gennaro 1827, Sir., XXVII, 1, 148. Ric. rig., 3 luglio 1827, Sir., XXVII, 1, 507. Ric. rig., 22 aprile 1834, Sir., XXXIV, 1, 235. Questi tre arresti, i quali sonosi invocati in senso contrario alla opinione emessa nel testo, non hanno positivamente statuito sulla quistione.

(1) Bordeaux, 19 luglio 1831, Sir., XXXI, 2, 341. Confr. Ric. rig., 1 dicembre 1829, Sir., XXX, 1, 27. Civ. rig., 15 febbraro 1830, Sir., XXX, 1, 87. Vedi altresì le autorità citate nella nota precedente. Toullier (V, 856 e 857) dice bensì che il donante non possa più alienare i beni presenti; ma risulta evidentemente dalla continuazione delle sue idee, che egli non ha voluto altra cosa dire, se non che l'alienazione fatta dal donante non potrebbe recare offesa ai diritti del donatario pel caso in cui questi, in virtù della facoltà di ozione, di cui gode, dichiarasse di attenersi a' beni presenti.

(2) Toullier, V, 857. Vazeille, sull'art. 1044, n. 3. Besancon, 5 gennaro 1810, Sir., XIII, 2, 346. Limoges, 8 gennaio 1828, Sir., XXVIII, 2, 331. Ric. rig., 3 febbraio 1836, Sir., XXXV, 1, 18.

(3) Limoges, 19 marzo 1841, Sir., XLI, 2, 442.

(4) (La moglie non può, in pregiudizio dei creditori di suo marito, reclamare gli effetti della ipoteca legale, per sicurezza di una donazione di beni presenti e futuri in caso

istituzione contrattuale pura e semplice (1). Art. 1041. Avviene lo stesso allorchè, non ostante la esistenza di un simile *stato*, il donatario faccia ozione della esecuzione integrale della disposizione. In questi due casi, la donazione di beni presenti e futuri è interamente ed esclusivamente retta dalle regole sviluppate nel paragrafo precedente. Così, il donatario è tenuto a rispettare le alienazioni a titolo oneroso fatte senza frode dal donante, quando ancora esse avessero avuto per oggetto beni presenti (2). Egli è inoltre, per quanto concerne il pagamento dei debiti e dei pesi del donante, sottoposto alle stesse obbligazioni che l'istituito. Adunque, è ugualmente tenuto ed a quelli che di già esistevano nell'epoca della donazione, ed a quelli che siano stati contratti soltanto dappoi (3). Ma allorchè egli trovisi in concorso con eredi di riserva, ovvero, allorchè la donazione fatta a suo vantaggio sia solamente a titolo universale, egli non è personalmente obbligato al pagamento dei debiti e dei pesi che gravino la successione del donante, se non proporzionalmente alla sua parte ereditaria (4), e non lo è giammai *ultra vires*. Da un altro canto, il donatario è ammesso a reclamare indistintamente tutte le cose mobili che trovinsi nella successione del donante, benchè quelle, fra tali cose mobili, le quali di già esistevano nell' epoca della donazione, non sieno state descritte ed estimate conformemente all'art. 872 (5).

Allorchè per contrario lo *stato* dei debiti richiesto dall'art. 1040 sia stato annesso alla donazione dei beni presenti e futuri, ed il donatario faccia ozione de' beni presenti, rinunziando al dippiù dei beni del donante, la disposizione fatta in favor suo si trasforma in una donazione di beni presenti, e trovasi, come tale, retta dalle regole indicate nel § 661. Da ciò derivano, tra le altre, le seguenti conseguenze:

Il donatario non è tenuto che ai debiti e pesi esistenti nell' epoca della donazione, e de' quali

di sopravvivenza, contenuta nel suo contratto di matrimonio, se non sia stato annesso a quest'atto uno *stato* dei debiti e pesi del marito, esistenti nel giorno della donazione. Brusselles, 19 febbraro 1829).

(1) Delvincourt, II, parte I, III; Toullier, V, 856. Grenier, II, 432. Duranton, IX, 731 e 733. Dalloz, *op. v. e luogo cit.*, n. 2. Civ. rig., 17 maggio 1815, Sir., XV, 1, 349.

(2) Civ. cass., 31 marzo 1840, Sir., XI, 407.

(3) Questo è il vero senso delle espressioni finali dell'art. 1041: « e sarà soggetto al pagamento di tutti i debiti e pesi ereditarii ».

(4) Tolosa, 26 novembre 1826, Sir. XXXII, 2, 110. Nimes, 12 giugno 1832, Sir., XXXII. 2, 321. Limoges, 16 dicembre 1836, Sirey, XXXVI, 2, 92. Vedi in senso contrario: Ric. rig., 12 novembre 1818, Sirey, XIX, 1, 391. Questo arresto non è fondato che sopra una fallace interpetrazione della disposizione finale dell'art. 1041.

(5) Toullier, V, 854 nella nota. Grenier, II, 435. Dalloz, *op. e v. cit.* n. 8, t. XI. Duranton, IX, 733. Ric. rig., 27 febbraro 1821, Sir., XXI, 1, 236.

lo *stato* sia stato annesso al contratto di matrimonio che la racchiuda.

Egli è ammesso a domandare la restituzione o il rilascio degli immobili presenti compresi nella donazione, che il donante avesse alienati, tuttochè a titolo oneroso, ed a farli dichiarare franchi e liberi da tutte le ipoteche e servitù costituite dal donante dopo della donazione (1). Nondimeno, l'azione che compete a tale effetto non è ammessibile, per quanto riguarda gl' immobili suscettivi d'ipoteche, se non laddove la disposizione fatta in suo vantaggio sia stata sottoposta alla formalità della trascrizione (2).

Quanto alle cose mobili comprese in una donazione di beni presenti e futuri, il donatario non può, neppure riguardo agli eredi del donante, far valere siffatta disposizione come donazione di beni presenti, se non per quelle fra tali cose mobili che sieno state descritte ed estimate conformemente all'art. 872 (3).

Del rimanente, la prescrizione delle azioni di rilascio competenti al donatario non comincia a decorrere, anche nella ipotesi di cui trattasi di presente, se non che a contare dalla morte del donante (4).

664 e 665. *Delle disposizioni fatte tra futuri coniugi per contratto di matrimonio.*

664 e 665. 2. Delle disposizioni fatte tra futuri coniugi per contratto di matrimonio.

I futuri coniugi possono, col loro contratto di matrimonio, fare l'uno a vantaggio dell'altro, o far-

(1) Toullier, V, 856.

(2) Delvincourt, II, 430. Grenier, II, 437. Duranton, VIII, 507, e IX, 737. Dalloz, *op. e v. cit.*, t. XI. Conf. Toullier, V, 863.

(3) Benchè Toullier (V, 854, nella nota) e Grenier II, 435 non esprimano in un modo ben netto la loro opinione sulla presente quistione, noi crediamo nondimeno che essi non abbiano inteso di eliminare l'applicazione dell'art. 872, se non pel caso in cui la donazione cumulativa di beni presenti e futuri degeneri in una pura istituzione contrattuale, e non già per l'ipotesi in cui il donatario intenda di farla valere come donazione di beni presenti. Vedi in questo senso: Dalloz, *op. e v. cit.* t. XI, Ric. rig., 27 febbraro 1821, Sir., XXI, 1, 236. Vedi in senso contrario: Duranton, IX, 733.

(4) La donazione cumulativa di beni presenti e futuri non dovendo essere considerata che come un' istituzione contrattuale, insino a che il donatario non abbia fatto uso della facoltà che egli ha di dividerla, e questa facoltà non potendo essere esercitata se non dopo la morte del donante, ne siegue, che, fino a quest'avvenimento, il donatario di beni presenti e futuri non ha, neppure per quanto concerne i beni presenti, diritti più estesi di un semplice donatario di beni futuri, e che per conseguenza i principii annessi in materia d' istituzione contrattuale debbano ugualmente ricevere applicazione nella ipotesi di cui al presente si tratta.

si reciprocamente l'uno all'altro, tutte le donazioni che un terzo è autorizzato a fare in loro favore con questo medesimo contratto(1).

Adunque essi hanno la facoltà di donarsi, sia i loro beni presenti, sia i loro beni futuri, sia cumulativamente i loro beni presenti e futuri; e ciascuna di queste disposizioni è, in generale, retta dalle regole sviluppate nei §§ 661 a 663 (2). Artic. 1046 a 1048. Per tal guisa soprattutto egli avviene che, ove la disposizione tra futuri coniugi sia una donazione cumulativa di beni presenti e futuri, il donatario gode del dritto di ozione annesso alle donazioni di questo genere (3).

Per eccezione al principio testè stabilito, le donazioni tra futuri coniugi, o di beni futuri, o di beni presenti e futuri, divengono caduche per la premorienza del donatario (4), quando ancora egli lasciasse figli o discendenti nati dal suo matrimonio col donante. Nondimeno, sarebbe altrimenti se questi figli o discendenti fossero stati espressamente sostituiti al donatario: in tal caso, le disposizioni di che trattasi non diverrebbero caduche se non per la premorienza, tanto di questo ultimo, quanto dei sostituiti (5).

Non pertanto, le donazioni tra

(1) (Sotto l'Impero del Codice civile, ogni donazione fatta in un contratto di matrimonio dai futuri coniugi, o da uno di essi, a favore di persone diverse da sè medesimi, è nulla, Brusselles, 16 marzo 1824, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(2) Le donazioni di beni presenti, benchè fatte per contratto di matrimonio e tra futuri coniugi, essendo, siccome ciò risulta dal ravvicinamento degli artic. 1047 e 1037, sottoposte alle regole che reggono, in generale, le donazioni tra vivi, e queste ultime non essendo di pieno dritto subordinate alla condizione della sopravvivenza del donatario, la prima parte dell'artic. 1047 concepita così: « Qualunque donazione fra vivi dei beni presenti, fatta fra sposi per contratto di matrimonio, non si presume fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa » era, in rigore, inutile. Ma il legislatore ha creduto di doversi spiegare formalmente su questo punto per troncare una controversia che era surta quanto a ciò sotto l'antico diritto. Confr. Grenier, II, 145. Conviene dunque guardarsi dal concludere, per argomento *a contrario*, dalla citata disposizione, che le donazioni tra vivi di beni presenti, fatte nel contratto di matrimonio da terzi in favore dei futuri coniugi, sieno di pieno diritto subordinate alla condizione della sopravvivenza dei donatarii.

(3) Ric. rig., 15 dicembre 1823, Sir., XXV, 1, 102.

(4) Quando la morte del donatario sia il risultamento di un fatto criminoso da parte del donante, la condizione di sopravvivenza reputasi adempiuta. Art. 1131. Ric. rig., 5 maggio 1818, Sir., XIX, 1, 192.

(5) Risulta bensì dalla disposizione finale dell'art. 1048, che, a differenza di ciò che ha luogo nelle donazioni di beni futuri o di beni presenti e futuri, fatte ai futuri coniugi da terzi, i figli e discendenti da nascere dal matrimonio non sono di pieno diritto, e per l'effetto di una tacita sostituzione, chiamati, in caso di premorienza del donatario, a raccorre le donazioni di beni futuri o di beni presenti e futuri fatte

futuri coniugi per contratto di matrimonio non sono, più che le donazioni fatte da terzi, rivocabili, sia per sopravvegnenza di figli (1), sia per causa d'ingratitudine.

III. DELLE DISPOSIZIONI TRA CONIUGI FATTE DURANTE IL MATRIMONIO.

666. Delle disposizioni tra coniugi durante il matrimonio, sotto il rapporto della forma. 667. Delle disposizioni tra coniugi durante il matrimonio, sotto il rapporto della sostanza.

666. Delle disposizioni tra coniugi durante il matrimonio, sotto il rapporto della forma.

I coniugi possono, durante il matrimonio, disporre in favore l'uno dell'altro, sia con atto di ultima volontà, sia con atto tra vivi. Allorchè dispongano per atto di ultima volontà, debbono uniformarsi alle regole prescritte per la forma de'testamenti; ed allorchè dispongano per atto tra vivi, a quelle prescritte per la forma degli atti contenenti donazioni tra vivi (2). Derivano da ciò, per quanto concerne le disposizioni fatte per atto tra vivi, le conseguenze seguenti:

da' coniugi l'uno all'altro, e che quindi queste donazioni divengono, in generale, caduche per l'avvenimento di siffatta premorienza. Ma, siccome la disposizione eccezionale, che contiene riguardo a ciò l'artic. 1048, è unicamente fondata sul riflesso che in queste ultime donazioni non esistano, siccome nelle prime, motivi da supporre nel donante l'intenzione di comprendere nella sua liberalità i figli o discendenti da nascere, deesi da ciò conchiudere che quest'articolo non è di ostacolo che con una dichiarazione espressa il donante li comprenda nella disposizione. Duranton, IX, 759. Confr. Toullier, V, 908. Grenier, II, 448.

(1) Art. 885.

(2) Per diritto romano, le donazioni tra vivi erano, in generale, proibite tra coniugi, e per conseguenza colpite di nullità. Nondimeno, allorchè il coniuge donatario era morto senza aver cangiata volontà, la donazione trovavasi confermata, in questo senso, che gli eredi non erano ammessibili ad impugnarla. In simigliante caso ammettevasi per finzione essere una donazione a causa di morte, permessa fra coniugi, quella che il defunto aveva inteso di fare; e tale finzione, necessaria onde rimuovere la nullità risultante dalla proibizione della legge, menava affatto naturalmente ad applicare alle donazioni tra coniugi le regole sulle donazioni a causa di morte. Confr. Ricard, parte I, a cap. II, n. 25 e 26; Savigny, IV, § 164. Quanto al sistema del Codice civile, esso è poggiato su di una base del tutto differente. Giusta gli art. 1050 e 1051, le donazioni tra vivi sono, in generale, permesse fra coniugi durante il matrimonio; ed il solo carattere intrinseco che le distingue dalle donazioni fatte tra sposi per contratto di matrimonio, si è che esse sono sempre ed essenzialmente rivocabili, dovechè queste ultime sono di loro natura irrevocabili. Queste osservazioni sono sufficienti per dimostrare, che esporrebbesi altri a gra-

1. Gli atti coi quali facciansi simili disposizioni debbono, sotto pena di nullità, essere stipulati nella forma indicata dall'articolo 835 (1).

2. Queste disposizioni debbono, sotto pena di nullità, essere espressamente accettate dal coniuge donatario (2). Art. 836 ad 862.

3. Allorchè esse abbiano per oggetto immobili presenti suscettivi di ipoteche, non divengono efficaci riguardo ai terzi, se non mercè la trascrizione degli atti che le racchiudono. Art. 863 ed 866.

4. Allorchè esse abbiano per oggetto, sia determinate cose mobili, sia tutto o parte del mobiliare presente del donante (3), non sono valide che per le cose mobili delle quali uno *stato* estimativo sia stato annesso all'atto di donazione (4). Art. 872. La formalità di che trattasi si applica eziandio, per quanto al mobiliare presente, alle donazioni cumulative di beni presenti e futuri (5). Ma essa non riguarda le donazioni di beni futuri soltanto (6).

Del rimanente, allorquando i coniugi abbiano, durante il matrimonio, disposto in favore l'*uno* dell'altro mediante atto rivestito delle forme prescritte per le do-

vi errori, laddove ci volesse applicare alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio i principii che reggevano le donazioni a causa di morte.

(1) Toullier, V, 917. Grenier, II, 457.

(2) Arg. *a contrario*, artic. 1042. Toullier, V, 917. Grenier, II, 458. Duranton, IX, 774. Confr. sugli art. 836 a 862.

(3) Ric. rig., 19 giugno 1830, Sir., XXX, 1, 325.

(4) Arg. *a contrario*, artic. 871. L'art. 872 contiene una regola generale, la quale si applica indistintamente ad ogni donazione tra vivi di cose mobili, ed alla quale nessuna disposizione speciale ha derogato quanto alle donazioni tra coniugi. Toullier, V, 917. Grenier, II; 459. Vazeille, sull'artic. 872, n. 9. Vedi altresì l'arresto citato nella nota precedente. Vedi in senso contrario: Duranton, VIII, 410.

(Dopo la pubblicazione del Codice civile, i coniugi possono, durante il matrimonio, disporre in favore l'uno dell'altro, *in forma di donazione tra vivi*, sia dei loro beni presenti, sia dei beni che lasceranno in tempo di loro morte, fino alla concorrenza della quota che sia disponibile di lor parte.—Allorchè, nel caso precedente, la donazione comprenda mobili ed effetti mobiliari, non si richiede che ne sia necessariamente disteso uno *stato* estimativo, conformemente all'artic. 872 del Codice civile. Brusselles, 25 maggio 1830. *Giur. di B.* 1830; 2, 93; *Giur. del XIX secolo*, 1830, 3, 177 e 1827, 2, 45; Grenier, n. 457 e 459; Dalloz, XI, 270, 280 e 283).

(5) Duranton, VIII, 411, e IX, 733. Confr. Riom, dicembre 1825, Sir., XXVII, 2, 45.

(6) In somiglianti donazioni, è impossibile il distendere uno *stato* del mobiliare; perciocchè lo *stato* non potrebbe altro comprendere che le cose mobili esistenti nel giorno della donazione, e non sono già tai cose mobili quelle che formano l'oggetto della donazione. Duranton, VIII, 411. Parigi, 29 agosto 1834, Sir., XXXIV, 2, 643. Confr. Riom, 5 dicembre 1825, Sir., XXVII, 2, 45.

nazioni tra vivi, la disposizione è valida, ancorchè versi esclusivamente sopra beni futuri, e sia stata espressamente qualificata donazione a causa di morte (1).

Per eccezione alle regole ordinarie (2), i coniugi non possono, durante il matrimonio, farsi, neppure sotto la forma di donazione tra vivi, alcuna disposizione scambievole o reciproca con un solo e medesimo atto (3). Art. 1051. Ma nulla impedisce che essi si gratifichino reciprocamente con atti separati, quantunque stipulati immediatamente l'uno dopo dell'altro, dinanzi allo stesso notaio ed agli stessi testimonii (4).

667. Delle disposizioni tra coniugi durante il matrimonio, sotto il rapporto della sostanza.

1. La quota di beni di cui i coniugi possono, durante il matrimonio, disporre in favore l'uno dell'altro, sia per atto tra vivi, sia per testamento, è, come quella di cui i futuri coniugi possono disporre a vantaggio l'uno dell'altro per contratto di matrimonio, regolata in una maniera eccezionale dagli art. 1094 *francese* e 1052.

2. Le disposizioni testamentarie fatte tra coniugi sono, per quanto concerne la loro validità intrinseca ed i loro effetti, sottoposte alle regole ordinarie su i legati.

3. Quanto alle disposizioni fatte tra coniugi per atto tra vivi, esse sono, sotto più rapporti, rette da regole eccezionali:

1) Esse sono essenzialmente rivocabili a grado del coniuge donante, quando ancora versino esclusivamente sopra beni presenti. Ogni clausola, con cui il donante rinunziasse alla facoltà della rivocazione, sarebbe da considerarsi come non apposta. Art. 1050 comma 1.

2) Le disposizioni di che trattasi sono, come le donazioni fatte a contemplazione di matrimonio, dispensate dall'applicazione degli art. 868 869 ed 870. Tutto ciò che è stato detto nel § 659 si applica per conseguenza anche a siffatte disposizioni. Così, per esempio, esse possono avere per oggetto, non solo beni presenti, ma eziandio tutti o parte de' beni che il donante lascerà in tempo di sua morte (5). Possono ancora comprendere cumulatamente beni presenti e beni futuri. Art. 871.

3) Esse non sono soggette a

(1) Ric. rig., 5 dicembre 1816, Sir., XVIII, 1, 50.

(2) Per la sola ragione che le donazioni fra coniugi, fatte durante il matrimonio, sono essenzialmente rivocabili, era necessario di estendere ad esse la disposizione stabilita dall'art. 893 in materia di testamenti, affin di prevenire le difficoltà, le quali, in caso di rivocazione dal canto di uno dei coniugi, si sarebbero elevate sul punto di sapersi se la donazione fatta in vantaggio di questo coniuge dovesse essere mantenuta ferma.

(3) Confr. Rennes, 15 febbraro 1840, Sir., XL, 2, 226.

(4) Toullier, V, 916. Civ. cass., nell'interesse della legge 22 luglio 1807, Sir., VII, 1, 368. Ric. rig., 16 luglio 1817, Sir., XVIII, 1, 379.

(5) Civ. cass., nell'interesse della legge, 22 luglio 1807, Sir., VII, 1, 361.

rivocazione per causa di sopravvegnenza di figli. Art. 1040 comma 3.

4. Salve le eccezioni or ora indicate, le disposizioni per atto tra vivi fatte tra coniugi durante il matrimonio rimangono, quanto alla loro validità intrinseca e quanto a' loro effetti, sottoposte alle regole ordinarie sulle donazioni tra vivi. La rivocabilità (1), che ne forma il carattere distintivo, non togliendo loro la natura di contratti, e non permettendo di assimilarle a disposizioni testamentarie propriamente dette (2), e neppure alle antiche donazioni a causa di morte (3), i vantaggi

(1) Di fatti, la rivocabilità non è contraria nè alla essenza delle convenzioni in generale, nè a quella delle donazioni tra vivi in particolare.

(2) Se la rivocabilità forma un carattere comune a' testamenti ed alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, questa sola circostanza non potrebb'essere una ragione per confondere queste due specie di disposizioni, o per menarle ad una perfetta assimilazione. Passano fra esse alcune differenze radicali, quanto alla loro forma ed alle loro condizioni di esistenza, e per conseguenza altresì quanto ai loro effetti. Il testamento è l'opera della sola volontà del testatore; ed appunto perchè reputasi che contenga l'espressione delle ultime volontà del testatore, tutti gli effetti ne restano di forza aggiornati all'epoca della morte di costui. Per contrario, le donazioni fra coniugi esigono, come condizione della loro esistenza il concorso e l'espressione solenne della volontà delle due parti; e da ciò appunto uopo è conchiudere, che, giusta l'idea del legislatore, le donazioni di questa specie producono effetti attuali ed istantanei. Se gli effetti di una somigliante donazione fossero, come quelli di un legato, aggiornati alla morte del disponente, l'accettazione del donatario, durante la vita del donante, sarebbe compiutamente senza oggetto, e non comprenderebbesi più perchè il legislatore l'avrebbe richiesta. L'accettazione, vale a dire, la dichiarazione della volontà attuale di ricevere, non può corrispondere che alla espressione di una volontà attuale di donare, e non potrebbe applicarsi a semplici speranze della natura di quelle che, vivente il testatore, il testamento somministra a' legatarii. Confr. Ric. rig., 12 aprile 1843, Sir., XLIII, 1, 273.

(3) Arg. art. 813. Il motivo che aveva fatte assomigliare le donazioni tra coniugi durante il matrimonio alle donazioni a causa di morte, non esistendo più oggidì, anche quest'assimilazione dev'essere rigettata. Indarno si trae ragione, giusta l'opinione contraria, dalle espressioni dell'art. 1050: « quantunque si qualifichi per donazione tra vivi », per conchiuderne, che, giusta la mente del legislatore le donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio sieno di loro natura donazioni a causa di morte. Questa induzione sarebbe evidentemente forzata, perchè tenderebbe a fare ammettere un genere di disposizione che l'art. 813 ha formalmente prescritto. L'art. 1050 deesi intendere, non già nel senso che le donazioni tra coniugi abbiano il carattere di donazioni a causa di morte, ma bensì nel senso che, per eccezione al principio generale della irrevocabilità delle donazioni tra vivi, e malgrado ogni stipulazione contraria, soprattutto, malgrado l'espressa qualificazione di donazioni tra vivi da-

che esse abbiano per oggetto di conferire costituiscono dei veri dritti convenzionali, ed operano, sotto la riserva delle modificazioni che la rivocabilità dee produrre, tutti gli effetti annessi ai dritti di questa specie. Avvien lo stesso non solo per quanto concerne le disposizioni che versino sopra beni presenti, ma ancora, in generale, quanto a quelle che versino sopra tutti o parte de' beni che il donante lascerà in tempo di sua morte (1). Da que-

ta a somiglianti disposizioni, esse sono sempre irrevocabili. Vedi in senso contrario: Toullier, V, 918; Grenier, II, 452 e 454; Duranton, IX, 777. Questi autori si avvisano che le donazioni tra coniugi non costituiscano, nella sostanza e quanto ai loro effetti, salvochè disposizioni a causa di morte. Ed essi non distinguono punto, riguardo a ciò, tra le donazioni aventi per oggetto beni presenti, e quelle che versino unicamente sopra beni futuri. Ma la loro opinione ci sembra infetta di un doppio errore. In primo luogo, essi muovono dalla falsa supposizione che la rivocabilità sia assolutamente inconciliabile coll' essenza di una donazione tra vivi. In secondo luogo, obbliano che il carattere principale ed essenziale delle donazioni a causa di morte consiste nella condizione della sopravvivenza del donatario, e che la facoltà di rivocare, ancorchè illimitata, non traendo seco necessariamente questa condizione, non può di per sè sola bastare a caratterizzare una donazione a causa di morte.

(1) La circostanza, che una donazione tra coniugi versi unicamente sopra beni futuri, non altera nè il carattere della disposizione istessa, nè la natura giuridica dei dritti che ne risultano. Sarebbe un errore il credere che questa circostanza combinandosi con quella della rivocabilità, abbia necessariamente per risultamento il convertire la donazione in disposizione a causa di morte. Egli è vero che, in somigliante caso, i diritti del coniuge donatario saranno suscettivi di essere rivocati, e che, anche indipendentemente da ogni rivocazione essi rimarranno senza effetto, se il coniuge donante non lasci beni a' quali si possono applicare. Ma, per determinare la natura giuridica di un diritto, è mestieri attenersi, ben meno all' emolumento che ne risulterà, che al titolo d'onde esso diritto procede. Un dritto derivante da una convenzione, per essere ad un tempo stesso rivocabile a grado di una delle parti, e puramente eventuale per quanto concerne i possibili risultamenti della sua applicazione, non è meno un diritto convenzionale. La parte, in pro della quale un somigliante diritto sia stabilito, ne è impossessata, vale a dire, legalmente investita, allo stesso modo che se si trattasse di un diritto irrevocabile e di cui l' emolumento fosse attualmente certo. Aggiugneremo, che i diritti del coniuge, il quale durante il matrimonio abbia ricevuta dal suo coniuge una donazione di beni futuri, sono analoghi o comparabili a quelli che risulterebbero da una istituzione contrattuale fatta sotto condizioni dipendenti dalla sola volontà del disponente. Di fatti, i diritti dell' istituito sarebbero anche, in somigliante caso, ad un tempo stesso e rivocabili e puramente eventuali quanto ai loro effetti, e non ostante ciò l' istituzione conserverebbe la natura di disposizioni tra vivi. Vedi in senso contrario: Chabot, *delle Successioni*, sull'art. 792, n. 71; Duranton, IX, 778.

Debbonsi ancora considerare come miste, nel senso dell'articolo 131 del Codice di procedura, le azioni che importino ad un tempo stesso contestazione e sopra un dritto reale, in questo senso, che la decisione, cui esse abbiano per oggetto di provocare per quanto riguarda l'esistenza del dritto personale, debba vir-

tit. I, sez. II, art. 19 e 19 *bis* (Sir., IX; 1, 4). Si possono ancora consultar nello stesso senso: Boncenne *Teoria della procedura civile*. Introduzione, cap. V, t. I, e Troplong *della Vendita*, n. 625, i quali nondimeno non si spiegano in un modo così preciso, come gli autori precedentemente citati, il primo attribuendo alle azioni divisorie un predominio di personalità, il secondo per contrario di realità. Carré, (*Leggi dell'ordinamento e della competenza delle giurisdizioni civili*, parte II, a lib. II, tit. I, t. I e seg.) è, per quanto è a nostra conoscenza, il solo autore moderno che nieghi positivamente il carattere di azioni miste alle azioni divisorie, che egli novera tra le azioni reali. Per sostenere questa opinione, Carré si fonda da un canto sul riflesso, che l'azione dovendo seguire la natura del diritto a cui la legge la collega, non potrebbero esservi azioni miste, perchè non esistono diritti misti, e, dall'altro canto, sul riflesso che le dimande di restituzione di frutti o altre dimande accessorie, le quali accompagnano di ordinario le azioni divisorie, avendo esse stesse per fondamento un diritto reale, non possono, per la loro unione alla domanda principale di divisione o di confinazione, imprimere a questa domanda un carattere di personalità, nè per conseguenza trasformarla in una azione mista. Benchè quest'ultima parte dell'argomentazione di Carré non sia al coperto da ogni critica, e ci sembri soprattutto inesatto il pretendere che una domanda di rendimento di conto, accessoriamente aggiunta ad un'azione di divisione di una eredità o di una cosa comune, sia unicamente basata sul diritto di comproprietà dell'attore, noi ammettiamo nondimeno con questo autore, che l'aggiunzione accidentale di una somigliante domanda non può produrre il risultamento d'influire sul carattere dell'azione principale. Di fatti, non su questo motivo, erroneamente invocato da più autori, noi ci fondiamo per porre le azioni divisorie nel novero delle azioni miste. Ecco qual è, in ordine a ciò, il nostro sistema, la cui esposizione basterà per rispondere alla prima parte dell'argomentazione di Carré. Le azioni divisorie sono miste, rapporto al loro fondamento, in quantochè uno di coloro che sieno in comunione, o uno dei vicini, non potrebbe in virtù del solo dritto di proprietà costringere gli altri alla divisione o alla confinazione, ed ei non attinge questa facoltà se non dalla obbligazione personale e positiva imposta dalla legge ad ognuno che si trovi in comunione, o sia vicino, di concorrere, a spese comuni, alla divisione o alla confinazione. Confr. art. 368 e 734 del Codice civile. Queste azioni sono inoltre miste rapporto al loro oggetto, in quantochè tendono, primamente e necessariamente, alla esecuzione dell'obbligazione di cui abbiamo ora parlato, e dappoi al rilascio di ciò che, pel risultamento della divisione o della confinazione, sarà riconosciuto appartenersi a ciascuna delle parti. Vedi in questo senso: Pothier. *Introduzione generale alle consuetudini*, n. 121.

tualmente risolvere la quistione dell'esistenza del diritto reale (1). Tali sono, da una parte, le azioni risolutorie o rescissorie, di natura siffatta da riflettere contro i terzi possessori (2), poco importando che questi ultimi sieno o no in causa (3), e, dall'altra, le azioni di rilascio nascenti da un contratto traslativo della proprietà di

(1) Le azioni di cui qui parlasi non sono, a vero dire, azioni miste, nel senso delle spiegazioni date nella nota precedente. Ma è mestieri notare, che, onde regolare la competenza dei tribunali, l' art. 59 del Codice di procedura 151 LL. di pr. civ., si attiene molto meno al carattere che, giusta la divisione delle azioni in personali, reali e miste, convenga assegnare alla tale o tale altra azione, quanto alla natura della contestazione riguardata sotto il rapporto dei diritti che vi si trovino impegnati. Questo è ciò che indicano chiaramente le espressioni: « in materia personale, in materia reale, in materia mista », che trovansi nei comma 1, 2 e 3 di quest'articolo. Or se, in pura teoria, si può disputare sulla quistione di sapersi se esistano azioni miste, e quali siano le azioni a cui si applichi questa qualificazione, sembra impossibile di non riconoscere un carattere misto nelle contestazioni in cui un diritto reale trovisi ligato in un modo talmente intimo con un diritto personale, che la dichiarazione giudiziaria dell' esistenza o della non esistenza del secondo importi virtualmente la riconoscenza o la denegazione del primo.

(2) Nell'antico diritto, queste azioni erano generalmente considerate siccome miste; e la più parte degli autori moderni professano la stessa opinione, la quale è stata ugualmente consacrata dalla Corte di cassazione. Tiraquello, *de Retractu gentilitio*, § 8, glossa 3, n. 8 e 9, Loyseau, *della Cessione*, lib. II, cap. 1, num. 3. d'Argentrè, *Commentarii ad precipuos iuris britannici titulus, ad art.* 9. De Laurière, *nella Consuetudine di Parigi*, II, pag. 5 e 6; Furgole, *Trattato dei testamenti*, cap. VII, sez. III, num. 100. Bornier, *Conferenza delle ordinanze di Luigi XIV*, sull'art. 1, tit. IV, dell'ordinanza del 1669. Pothier, *Introduzione generale alle consuetudini*, n. 122. Bauter, *op. e luogo cit.* Buncenne, *Teoria della procedura civile*, Introduzione, cap. V, t. 1, Troplong, *della Vendita*, num. 625 a 630. Civ. rig. 5 marzo 1806, Sir., VI, 1, 512. Vedi nondimeno in senso contrario: Poncet, *Trattato delle azioni*, n. 119. Secondo quest'autore, le azioni di che trattasi sarebbero puramente personali, tanto riguardo alla persona con la quale sia stato fatto il contratto, di cui la risoluzione o la rescissione venga domandata, quanto riguardo al terzo detentore della cosa formante l'oggetto di questo contratto.

(3) Carrè *op. e luogo cit.* insegna per contrario, che le azioni risolutorie o rescissorie sieno puramente personali, allorchè esse vengano esclusivamente dirette contro colui col quale sia stato fatto il contratto, di cui la risoluzione o la rescissione sia domandata. Del resto, intendesi bene che l'azione la quale fosse unicamente diretta contro il terzo detentore, tanto in caso di risoluzione di pieno diritto del contratto, quanto dopo che esso fosse stato giudiziariamente risoluto e rescisso, non costituirebbe più che un'azione di rivendicazione, vale a dire, un'azione puramente reale.

immobili corporali o di dritti reali immobiliari (1).

Del resto, un'azione fondata unicamente sopra un dritto reale non può essere riguardata come mista, sol perchè la dimanda principale si trovi accompagnata da una dimanda accessoria di restituzione di frutti, o di pagamento di danni ed interessi (2). Questa osservazione si applica principalmente alla petizione di eredità (3).

Le azioni si dividono:

3. In petitorie e possessorie, secondochè abbiano per fondamento o per oggetto un dritto reale e 'l riconoscimento di questo dritto, ovvero sieno poggiate solamente sul possesso, e non tendano che a far mantenere o reintegrare l'attore nel suo possesso.

4. In azioni semplici, doppie e reciproche, secondochè o le qualità di attore e di reo convenuto non possano appartenere simultaneamente all'una e all'altra delle parti, o ciascuna di esse

(1) Di fatti, siccome, giusta il nuovo diritto, i contratti i quali abbiano per oggetto la trasmessione della proprietà d'immobili corporali, o di diritti reali immobiliari, operano questa trasmessione di per sè medesimi, ed indipendentemente dalla tradizione, così un' azione di rilascio fondata su di un somigliante contratto, importa virtualmente contestazione, non solamente sopra un *ius ad rem*, ma ancora sopra un *ius in re*. Troplong, *op. cit.* n. 262. Ric. regol., 2 febbraro 1809, Sir., IX, 1, 138.

(2) Può frequentemente avvenire che l' azione di rivendicazione non sia accompagnata da alcuna domanda di restituzione di frutti o di danni ed interessi. Adunque, le domande di questo genere non sono altro che accidentali ed accessorie, e non potrebbero per conseguenza disnaturare il carattere dell' azione alla quale si trovino congiunte. Non si può dire che in somigliante caso la materia sia mista nel senso indicato altrove; perciocchè la contestazione non ha per oggetto principale e necessario se non che un diritto reale. Vedi nondimeno in senso contrario: Argou, *Istituzione del dritto francese*; Denisart, *Collezione di giurisprudenza* v. Azione, n. 3; Merlin, *Rep.* v. Azione, § 2.

(L' azione tendente ad essere rimesso nel possesso e nel godimento di un potere, a titolo di proprietario, ed in pari tempo ad ottenere il risarcimento dei danni ed interessi contro il reo convenuto per non averne coltivata la superficie nel tempo prescritto da un contratto, è per lo meno un'azione mista, la cui conoscenza si appartiene, sia al giudice del luogo dove la cosa è sita, sia al giudice del domicilio del reo convenuto. Brusselles, 2 maggio 1846, *Giur. di B.* 1847).

(3) La quistione, se la petizione di eredità, accompagnata da dimanda di restituzione di frutti, sia un' azione reale o un' azione mista, è stata in ogni tempo controversa. Confr. L. 25. § 18 D. *de Haer. pet.* (5, 3); L. 7, C. *de Pet. haered.* (3, 31). Ma noi non veggiamo alcuna solida ragione per distinguere, riguardo a ciò, l' azione di petizione di eredità dall' azione di rivendicazione. Vedi nondimeno in senso contrario: *Osservazioni preliminari della corte di cassazione sul progetto del Codice di procedura*, Sir., XII, 1, 4; Berriat-Saint Prix, *op. e luogo cit.*; Favard, *Rep.*, v. Azione, § 1, n. 3.

sia al tempo stesso attrice e rea conveanuta. Le azioni divisorie entrano nella categoria delle azioni reciproche.

670. Dei mezzi di difesa e specialmente delle eccezioni (1).

I mezzi, coi quali il reo convenuto può respingere una dimanda promossa contro di lui, si dividono in mezzi di difesa diretta, ed in eccezioni *(hoc sensu)*.

I mezzi di difesa diretta sono quelli mercè i quali si mette in contestazione, sia l'esattezza del principio giuridico, sia l'esistenza dei fatti, che servano di base alla dimanda.

Le eccezioni sono i mezzi di difesa coi quali si respinge una dimanda, senza metterla in contestazione direttamente.

Gli elementi costitutivi di una eccezione sono gli stessi che quelli di una dimanda.

Vi ha delle eccezioni, le quali non vengono opposte che alla dimanda considerata in sè stessa, ed indipendentemente dal punto di sapersi se l' azione che essa abbia per oggetto di esercitare, sia o no ammessibile. Havvene altre, le quali vengono opposte alla dimanda riguardata sotto il rapporto dell'azione di cui essa costituisca l'esercizio.

Le une e le altre sono perentorie o dilatorie.

In quanto esse sieno opposte alla dimanda considerata in sè stessa, le eccezioni sono perentorie o dilatorie, secondochè o tendano a far rigettare la dimanda, o che abbiano solamente per oggetto lo arrestarne il corso. Così, per esempio, le eccezioni desunte dal difetto di conciliazione, e dalla perenzione dell' istanza, sono perentorie. Per contrario, l' eccezione della cauzione *iudicatum solvi*, e quella del beneficio dell'inventario, sono dilatorie.

In quanto esse sieno opposte alla dimanda riguardata sotto il rapporto dell'azione, le eccezioni sono perentorie o dilatorie, secondochè o tendano a far rigettare per sempre quest'azione, o non abbiano altro oggetto che di farla eliminare durante un determinato tempo. Così, per esempio, le eccezioni di prescrizione, di transazione, di cosa giudicata, sono perentorie. Per contrario, l'eccezione di termini è dilatoria.

Chiamansi specialmente eccezioni declinatorie, quelle che abbiano per oggetto il far rinviare la dimanda ad un altro tribunale, sia a cagione dell' incompetenza di quello a cui era stata sottoposta, sia per ogni altro motivo.

671. Delle persone dalle quali e contro le quali una dimanda può essere intentata.

Ogni persona, a cui competa un' azione, è, per questa stessa ragione, autorizzata ad esercitarla in giudizio per mezzo di una dimanda. Reciprocamente, ogni persona, contro di cui un'azione

(1) Conf. *Trattato delle eccezioni in materia di procedura civile*, di Goubeau de la Bilennerie, Parigi, 1823, 1 vol. in 8. *Trattato dei fini di non ricevere*, di Lemerle, Parigi, 1819, 1, vol. in 8.

sia apprestata, può essere convenuta con una dimanda avente per oggetto l'esercizio di tale azione.

Questo doppio principio riceve nonpertanto eccezione riguardo alle persone, alle quali la legge dà un rappresentante incaricato di esercitare le azioni che loro competano, e di difenderle dalle dimande che fossero dirette contro di esse.

Da un altro canto, vi son delle persone che non possono stare in giudizio, sia per dimandare, sia per difendersi, che coll'autorizzazione o coll'assistenza d'altre persone.

Gli sviluppamenti di queste due proposizioni sono stati già dati nel Diritto civile teorico.

671 *bis*. Specialità sulle contestazioni tra nazionali e stranieri, e sulle contestazioni tra stranieri (1).

1. I nazionali sono autorizzati a convenire gli stranieri dinanzi ai tribunali del regno, per l'esecuzione delle obbligazioni da questi ultimi contratte a loro vantaggio, sia nel regno, sia in paese straniero. Egli è così anche quando lo straniero non abbia residenza nel regno, o non vi si trovi nel momento in cui la domanda venga istituita (2). Art. 15.

Il nazionale gode del dritto accordato dall'art. 15, anche quando abbia formato uno stabilimento in paese straniero, e vi risegga tuttavia nell'epoca della dimanda, purchè questo stabilimento non escluda dal canto suo l' idea del ritorno (3). Ma lo straniero,

(1) Le regole stabilite su questa materia dall'art. 15 del Codice civile sono introduttive di un diritto nuovo. Esse sono in opposizione coi principii generalmente ammessi nei differenti paesi del continente europeo, e costituiscono da un altro canto un'eccezione alla massima: *Actor sequitur forum rei*. Adunque sotto questo doppio punto di veduta, esse debbono essere interpetrate in un modo ristretto. Conf. su questa materia: *Trattato del diritto internazionale privato*, di Foelix, Parigi, 1843, 1 vol. in 8.

(2) Questa proposizione, la quale non può essere messa in contestazione per quanto concerne le obbligazioni contratte in Francia, lo è stata, ma molto a torto, relativamente alle obbligazioni contratte in paese straniero. Egli è vero, che la seconda parte dell'artic. 15 non ripete le parole: « anche non residente nel regno », che trovansi nella prima parte di quest' articolo. Ma siffatta ripetizione era inutile, a cagione dell' intima connessità che havvi tra queste due disposizioni. D'altronde, risulta chiaramente dalla soppressione delle parole: *se egli sia trovato in Francia*, che primitivamente leggevansi nel principio della seconda parte dell'art. 15, l'intenzione del legislatore essere stata quella di stabilire una regola uniforme per le obbligazioni contratte, sia in Francia, sia in paese straniero. Confr. sulla prima compilazione dell'art. 15: Locré, *Leg*. t. II, art. 8. Maleville, sull'artic. 15; Merlin, *Rep*. v. Straniero, § 5; Duranton I, n. 151; Foelix, *op. cit.*, num. 145. Ric. rig., 7 settembre 1808, Sir., VIII, I, 453; Ric. rig., 1 luglio 1829, Sir., XXIX, 1, 326.

(3) *Lex non distinguit*; Duranton, I, n. 151. Coin-Delisle, sull'art. 15, n. 13. Foelix, *op. cit.*, n. 161. Civ. cass. 26 gennaro 1836. Vedi la sen-

il quale abbia per una causa quale che sia, acquistata la qualità di nazionale, non può usare di tal dritto che per le obbligazioni contratte a suo favore dopo il momento in cui egli sia divenuto nazionale (1).

L'applicazione dell'artic. 15 è indipendente dalla natura e dal fondamento dell'obbligazione di cui il nazionale spinga innanzi la esecuzione (2). Così, uno stra-

so contrario: Delvincourt, I. *in fine*. Parigi, 28 febbraro 1814, Sir., XIV, 2, 363.

(Un Belga residente in paese straniero può da un altro Belga essere tradotto davanti i tribunali del paese. Liegi, 9 dicembre 1841, *Giur. di B.* 1842).

(1) Di fatti, l'art. 15, parlando di obbligazioni contratte con o verso un francese, suppone che il creditore possedeva di già la qualità di francese nel momento della formazione della obbligazione; e quest'articolo deve, giusta ciò che è stato detto altrove, essere ristrettamente interpetrato. D'altronde, il cangiamento che può avvenire nella condizione dei creditori non dee rendere peggiore la condizione del debitore. Parigi, 5 maggio 1829, Sir., XXIX, 2, 249. Vedi in senso contrario: Foelix, *op. cit.*, n. 151; Zachariae, 18 maggio 1807, Sir., VII, 2, 280. L'opinione di questi autori fondasi sul riflesso che il privilegio stabilito dall'art. 15 sia solamente relativo alla forma di procedere, e sul riflesso che è di principio che le forme di procedere si regolino giusta la legge del tempo in cui la domanda venga intentata. Questa argomentazione non ci sembra concludente. Di fatti l'art. 15, il quale, nell'interesse dei francesi, rende gli stranieri giudicabili da tribunali francesi, non è una semplice legge di procedura. E se, da un altro canto, le forme di procedere vanno regolate giusta la legge in vigore nel momento della domanda, l'applicazione di questo principio, il quale suppone un cangiamento di legislazione, è estraneo al caso in cui non si tratti che di un cangiamento nella condizione delle parti. D'altronde, l'opinione emessa da Foelix e da Zachariae, sulla quistione di cui ora parliamo, sembraci poco compatibile con la opinione che essi professano relativamente al caso in cui un francese siasi renduto cessionario di un credito contratto da uno straniero a vantaggio di uno straniero.

(Lo straniero domiciliato nel Belgio non può tradurre un altro straniero dinanzi a' tribunali belgi, poco importando che lo straniero sia residente nel regno e vi eserciti un commercio. Brusselles, 26 maggio 1820. *Pasicrisia Belga*, sotto questa data. Vedi: Parigi, 30 maggio 1808, e Brusselles, 19 maggio 1841, *Giur. di B.* 1841.

(2) Si è voluto trarre ragione dalle parole; obbligazioni contratte, che trovansi ripetute in due riprese nell'art. 15, per sostenersi che quest'articolo si applichi solamente alla dimanda di esecuzione delle obbligazioni derivanti da un contratto. Ma è cosa evidente, essersi il legislatore servito di queste parole nel loro significato volgare, e per esprimere in un modo più conciso la idea seguente; *obbligazioni alle quali uno straniero può trovarsi sottoposto verso un francese*. D'altronde, l'art. 15, il quale permette al francese di chiedere dinanzi ai tribunali francesi l'esecuzione delle obbligazioni contratte in suo favore da uno straniero, anche in paese estero, non è fondato sul principio ammesso da altri legislatori, che ogni contratto è di per sè medesimo, ed in-

niero può essere tradotto davanti a' tribunali del regno pel pagamento dei danni ed interessi dovuti ad un nazionale per effetto di un delitto o di un quasi-delitto (1). Così ancora, lo straniero, il quale abbia accettata una successione apertasi nel regno o in paese estero, può essere citato dinanzi ai tribunali nazionali dai creditori e dai legatarii nazionali (2). In fine, l'erede o il socio nazionale può dimandare presso i tribunali del regno, contro i suoi coeredi o contro i suoi con-socii stranieri, la divisione e la liquidazione della successione o della società; anche quando la successione si fosse aperta in paese estero, o la società avesse ivi la sua sede(3).

Ma l'artic. 15 si applica solamente alle dimande per la esecuzione delle obbligazioni le quali sieno state direttamente ed immediatamente contratte in favore di un nazionale, e non alla esecuzione di quelle che fossero state contratte a vantaggio di uno straniero, e di cui un nazionale fosse poscia divenuto cessionario (4). Tutt'altrimenti è nondimeno, allorchè trattisi di obbligazioni derivanti da *biglietti negoziabili*, sottoscritti a favore di uno straniero, e di cui un nazionale si trovasse portatore nel giorno della scadenza, in virtù di una girata (5).

Del resto il nazionale può rinunziare alla facoltà che gli accorda l'art. 15. La quistione di sapere se debbasi reputare di avervi egli rinunziato, quando abbia tradotto lo straniero presso

dipendentemente da una elezione di domicilio, attributivo di giurisdizione pel giudice del luogo in cui sia stato stipulato. E però non eravi alcun ragionevole motivo da distinguere tra le obbligazioni convenzionali e quelle che derivano da un'altra sorgente. Merlin, *Rep.*, v. Straniero, § 4; Foelix, *op. cit.*, n. 150. Confr. altresì le autorità citate nelle tre seguenti note. Vedi nondimeno: Parigi, 5 giugno 1829, Sir., XXIX, 2, 249.

(1) Poitiers, 8 pratile anno XIII, Sir., VI, 2, 40. Ric. rig., 13 dicembre 1842, Sir., XLIII, 1, 14.

(2) Montpellier, 12 luglio 1826, Sir., XXVII, 2, 227.

(3) I coeredi o i con-socii non potrebbero, in somigliante caso, invocare le disposizioni del comma 4 e 5 dell'art. 151 delle LL. di pr. civ. i quali non si applicano evidentemente che alle successioni aperte ed alle società stabilite in Francia.

Parigi, 17 novembre 1834: Sirey, XXXVI, 1, 171. Ric. rig., 8 luglio 1840, Sir., XL, 1, 866.

(4) Merlin, *Quest.* v. Straniero § 4, n. 8. Foelix, *op. cit.* n. 148 e 149. Parigi, 27 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 218.

(5) La ragione di questa eccezione trovasi nel principio, che colui il quale sosceriva una carta negoziabile per via di girata, si obbliga appunto perciò direttamente verso il terzo portatore di questa carta nel giorno della scadenza. Merlin, *op. e v. cit.* § 4, num. 4. Ric. rig., 25 settembre 1829, Sir., XXX, 1, 151. Ric. rig., 26 gennaro 1833, Sir., XXXIV, 2, 637. Vedi in senso contrario: Douai, 27 febbraro 1828, Sir., XXVIII, 2, 284; Poitiers, 5 luglio 1832, Sir., XXXII, 2, 441. (Brusselles, 23 e 25 marzo 1826, *Giur. di B.* 1826, e *Pasicrisia belga*, sotto queste date).

un tribunale estero, è una quistione di fatto, la cui soluzione dipende dalle circostanze (1).

Per eccezione all'art. 15, gli ambasciatori o gli agenti diplomatici che rappresentino nel regno un governo straniero, e le altre persone che godano del privilegio dell'*esterritorialità*, non possono, in generale, essere tradotti dinanzi ai tribunali del regno per obbligazioni contratte verso di Francesi (2). L'eccezione di cui si è ora parlato non si applica, nè ai consoli, nè agli agenti commerciali (3).

La disposizione dell'artic. 15 riceve altresì eccezione, quando esistano trattati diplomatici che neghino ogni giurisdizione ai tribunali del regno sopra i sudditi del paese col quale i detti trattati sieno stati conchiusi (4).

2. I nazionali possono essere convenuti dinanzi ai tribunali del regno, anche da stranieri, e per l'esecuzione di obbligazioni contratte in paese estero. Artic. 16. Questa proposizione si applica ugualmente agli stranieri naturalizzati nel regno, senza che siavi, quanto a ciò, alcuna distinzione a fare tra le obbligazioni che eglino avessero contratte dopo la naturalizzazione, e quelle che avessero contratte prima di questa epoca (5).

3. Uno straniero non può, in

(1) La rinunzia sembraci, in generale, dover essere ammessa o rigettata, secondochè nel momento della domanda fatta in paese straniero il convenuto possedeva o non possedeva in Francia beni sufficienti per assicurare l'esecuzione delle condanne che il Francese avrebbe potuto provocare contro di lui dinanzi ai tribunali francesi. Rouen, 19 luglio 1842, Sir., XLII, 2, 389. A torto si è voluto risolvere tale quistione in diritto ed in un modo assoluto, Confr. per la rinunzia; Dalloz, *Giur. gen.*, v. Eccezione, n. 6. Foelix, *op. cit.*, n. 156 e 157; Ric. rig., 15 novembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 124; Parigi, 3 maggio 1834, Sir., XXXIV, 2, 305; Ric. rig., 14 febbraro 1837, Sir., XXXVII, 1, 251. Vedi contro la rinunzia: Boncenne, *Teoria della proced. civ.* III, 224 e seg. Torino, 21 agosto 1812, Sir., XIV, 2, 291; Montpellier, 12 luglio, 1826, Sir., XXVII, 2, 227; Parigi, 22 giugno 1843, Sir., XLIII, 2, 346. Intendesi bene, che non potrebbesi, fatta astrazione dal punto di vista della rinunzia, opporre al francese attore dinanzi ai tribunali francesi l'eccezione di litispendenza, risultante da una istanza fatta in paese straniero.

(2) Vedi, quanto a questo principio, e quanto alle modificazioni di cui esso è capace: Foelix, *op. cit.*, n. 184 a 192. (Vedi altresì: Brusselles, 30 dicembre 1840, *Giur. di B.* 1841).

(3) Foelix, *op. cit.* n. 191. Aix, 17 maggio 1831, Sir., XXXI, 2, 209. Montpellier, 23 gennaro 1841, Sir., XLI, 2, 193.

(4) Vedi l'art. 3 del trattato conchiuso con la Svizzera addì 18 luglio 1828, e pubblicato in Francia con ordinanza del 31 dicembre 1828. Vedi altresì l'art. 7 del trattato fatto con la Russia addì 11 gennaro 1787 (*Antiche leggi francesi*, t. XXVIII). Vedi finalmente l'art. 3 del trattato concluso con la repubblica dell'Equatore nel dì 6 giugno 1843, e pubblicato in Francia con ordinanza del 28 marzo 1845. Foelix, *op. cit.*, n. 155. Civ. cass., 26 agosto 1835, Dalloz. XXXVI, 1, 14.

(5) Ric. rig., 27 marzo 1833, Sir., XXXIII, 1, 262.

materia puramente personale e mobiliare, citare un altro straniero dinanzi a' tribunali francesi, neppure per l'esecuzione di obbligazioni derivanti da contratti stipulati in Francia (1).

Lo stesso principio si applica ugualmente, sia alle azioni relative allo stato o alla capacità delle persone (2), sia alle dimande di separazione di persona o di beni. Così, la moglie di uno straniero non potrebbe provocare presso i tribunali francesi la sua separazione di persona o di beni, quando ancora fosse ella nata Francese, e il suo matrimonio fosse stato celebrato in Francia (3). Ma ella sarebbe ammessa a dimandare ai tribunali francesi l'autorizzazione di abbandonare provvisoriamente l'abitazione di suo marito (4).

Ma questo principio non riguarda le azioni reali o miste, aventi per oggetto immobili situati in Francia (5).

Esso rimane ugualmente privo

(1) Questo principio, il quale non è testualmente stabilito dal Codice, risulta virtualmente dalla mancanza di ogni disposizione legislativa che deroghi, quanto alle contestazioni tra stranieri, alla regola: *Actor sequitur forum rei*. Esso è stato d'altronde implicitamente riconosciuto nella discussione, la quale precedette all'adozione dell'artic. 15 del Codice civile, e nel tempo della quale erasi proposto di regolare legislativamente i casi in cui questo principio fosse suscettivo di ricevere eccezione. Confr. Locré, *Legisl.*, t. II, n. 13 e 16; Merlin, *Rep*, v. Straniero § 2; Toullier, I, 265; Duranton, I, n. 154; Coin-Delisle, sull'artic. 16, n. 17 e seg. Foelix, *op. cit.* n. 126 e 127; Ric. rig., 22 gennaro 1806, Sir., VI, 1, 257. Bourges, 8 dicembre 1843, Sir., XLIV, 2, 491. Confr. Civ. cass. 26 novembre 1828, Sir., XXIX, 1, 29; Parigi, 28 giugno 1834, Sir., XXXIV, 2, 385.

(2) Foelix, *op. cit.* n. 133. Rennes, 16 marzo 1842, Sirey, XLII, 2, 24.

(I tribunali belgi sono incompetenti per pronunziare sulla validità o sulla nullità di un atto di matrimonio celebrato nel Belgio fra due stranieri, secondo forme inusitate in questo paese. Essi possono nondimeno, nel provvisorio, ingiungere, secondo le circostanze, allo straniero, il quale, sotto pretesto del matrimonio di che si è parlato, fossesi introdotto nel domicilio della straniera contro il costei volere, di averserne ad astenere. Liegi, 17 febbraro 1834 *Giur. di B.* 1834, 177).

(3) Duranton, II, 583. Foelix, *op. cit.* n. 132. Ric. rig., 27 novembre 1822, Sir., XXIV, 1, 48. Parigi, 26 aprile 1823, Sir., XXIV, 2, 65. Ric. rig., 30 giugno 1823, Sir., XXIV, 1, 49. Parigi, 23 giugno 1836, Dalloz, XXXVI, 2, 160. Vedi in senso contrario, per quanto riguarda le dimande di separazione di beni: Parigi, 21 luglio 1818, Sir., XVIII, 2, 336; Parigi, 30 maggio 1826, Sir., XXVII, 2, 49.

(E per quanto concerne anche le separazioni personali, allorchè gli stranieri abbiano la loro dimora nel Belgio: Brusselles, 5 maggio 1825, e 13 marzo 1830, *Giur. di B.* 1829, 1, 141, e 1830, 2, 25).

(4) Vedi le autorità citate nella nota precedente.

(5) Merlin, *Rep.* v. Competenza, § 2, n. 9. Foelix, *op. cit.* n. 135.

(I giudici belgi sono competenti per conoscere dell'azione di divisione di beni immobili situati nel Belgio, appartenenti ad una successio-

di applicazione alle contestazioni fra stranieri, di cui l'uno e l'altro abbia stabilito il suo domicilio in Francia, in virtù di una reale autorizzazione (1). Nondimeno, uno straniero domiciliato in Francia non può prevalersi di questa circostanza, per convenire dinanzi ai tribunali francesi un altro straniero che non vi sia domiciliato, se non in quanto si tratti della esecuzione di obbligazioni contratte direttamente a suo vantaggio dopo lo stabilimento del suo domicilio in Francia (2). La sola circostanza che uno straniero avesse formato uno stabilimento in Francia, e vi risiedesse di fatto, ma senza essere stato autorizzato a stabilirvi il suo domicilio, non basterebbe per allontanare l'applicazione del principio precedentemente stabilito (3).

Per eccezione a tale principio, lo straniero citato da un altro straniero dinanzi ai tribunali francesi in materia personale e mobiliare, non può declinare la competenza di questi tribunali nei casi seguenti:

1) Allorchè, prima di ogni contestazione, lo straniero siasi sottoposto espressamente o tacitamente alla giurisdizione dei tribunali francesi: il che ha luogo quando l'azione sia relativa o ad un contratto per l'esecuzione del quale le parti abbiano fatta elezione di domicilio in Francia, o ad un pagamento che ivi debba essere effettuato in virtù della convenzione seguita tra esse (4);

ne apertasi in paese straniero, anche quando tutti i coeredi sieno stranieri. Brusselles, 23 maggio 1821, *Pasicrisia belga*; Colmar, 12 aprile 1817, *Pasicrisia francese*).

(1) Allorchè lo straniero, il quale sia stato ammesso a stabilire il suo domicilio in Francia, od a godervi i diritti civili, sia attore, egli deve poter invocare, a guisa di un francese, le disposizioni dell'art. 15. Allorchè per contrario questo straniero sia reo convenuto, ei non può per alcun titolo declinare la competenza del tribunale francese, il quale è divenuto il giudice del suo domicilio. Foelix, *op. cit.*, n. 127.

(2) Di fatti, la posizione dello straniero, il quale sia stato autorizzato a godere i diritti civili in Francia, e il quale si prevalga, a questo titolo, delle disposizioni dell'art. 15, non può essere più favorevole di quella del francese. Quando lo straniero, il quale sia stato ammesso a stabilire il suo domicilio in Francia, sia reo convenuto, è cosa indifferente che l'obbligazione, la cui esecuzione venga dimandata contro di lui sia anteriore o posteriore allo stabilimento del suo domicilio in Francia. Metz, 17 gennaro 1839, Sirey, XXXIX, 2, 474.

(3) Colmar, 30 dicembre 1815, Sir., XVI, 2, 62. Ric. rig. 2 aprile 1833, Sir., XXXIII, 1, 435. Rouen, 29 febbraro 1840, Sir., XL, 2, 156. Confr. nondimeno: Parigi 30 maggio 1808, Sir., VIII, 2, 211. Civ. rig., 30 novembre 1814, Sir., XV, 1, 186. Ric. rig., 24 aprile 1827, Sir., XXVIII, 1, 212. Questi arresti hanno pronunziato sopra specie nelle quali trattavasi di stranieri che avevano formati stabilimenti in Francia sin prima della pubblicazione del Codice civile e del parere del consiglio di Stato del 18 pratile anno XI, e vi erano considerati siccome godenti dei diritti civili.

(4) Merlin, *Rep.* v. Straniero, § 2 *in fine*; e v. Domicilio eletto, §

2) Allorchè l'azione abbia per oggetto la riparazione del danno cagionato da un reato di dritto criminale, per ragione del quale lo straniero potesse essere perseguitato in Francia dinanzi ai tribunali di giustizia repressiva (1);

3) Allorchè la domanda sia relativa all'esercizio di un dritto o all'adempimento di un dovere derivante da una legge, la quale entri nella classe delle leggi di polizia o di sicurezza. Per tal modo, una moglie straniera può dimandare dinanzi ai tribunali francesi, che il suo marito sia obbligato di riceverla nella casa coniugale, o di somministrarle gli alimenti (2);

4) Allorchè trattisi di contestazioni commerciali, nelle quali la competenza dei tribunali di commercio francesi si trovi stabilita in virtù delle disposizioni dello articolo 626 H. di eccez. (3). Il negoziante straniero, il quale, senza avere stabilito il suo domicilio in Francia, vi possegga nondimeno uno stabilimento di commercio, deve, quanto all'applicazione del citato articolo, essere reputato di aver indicato il luogo ove trovisi questo stabilimento, pel pagamento delle obbligazioni relative al suo commercio (4);

5) Allorchè lo straniero sia citato dinanzi ad un tribunale francese insieme con Francesi, o con altri stranieri riguardo ai quali i tribunali francesi si trovassero competenti, sia per avere costoro stabilito il loro domicilio in Francia, sia per ragione di ogni altra circostanza (5).

Lo straniero, il quale, secondo le regole precedentemente stabilite, sarebbe ammesso a declinare la competenza dei tribunali

2, n. 3. Foelix, *op. cit.* num. 130. Parigi, 23 termidoro anno XII, Sir., VII, 2. 944.

(1) Artic. 5 del Codice civile, ed art. 3 del Codice d'istruzione criminale. Duranton, n. 153.

(2) Foelix, *op. cit.* n. 137.

(3) Si è sempre ammesso, nello interesse del commercio, che la scelta accordata al reo convenuto dall'art. 17 del tit. XII dell'ordinanza del 1673 di cui l'artic. 420 del Codice di procedura 626 LL. di eccez. non è che la riproduzione, si appartenga agli stranieri come a' nazionali. Merlin, *Rep.* v. Straniero § 2. Toullier, I, 265. Pardessus, *Corso del dritto commerciale*, V, 1477. Foelix, *op. cit.* n. 131. Parigi, 10 novembre 1825. Sir., XXVI, 2. 282. Ric. rig., 24 aprile 1827, Sir., XXVIII, 2, 212. Civ. cass. 26 novembre 1828, Sir., XXIX, 1, 9.

(4) La forza delle cose, e l'interesse medesimo dello straniero, che possegga uno stabilimento commerciale in Francia, menano a questa presunzione. Merlin, *Rep.* v. Straniero, § 2. Parigi, 24 marzo 1817, Sir., XVIII, 2, 5. Ric. rig., 26 aprile 1832; Sir., XXXII, 1, 455.

(5) *Propter connexitatem causarum.* Arg. art. 151, comma 1, LL. di pr. civ.

(Allorchè di due convenuti, uno sia straniero, l'attore è tenuto a fare la citazione dinanzi al tribunale del domicilio del convenuto regnicolo, senza poterla fare dinanzi ad un altro tribunale del regno. Brusselles, 10 dicembre 1828, *Giur. di B.*, 1829, 1, 252; *Giur. del XIX secolo*, 1829, 3, 45).

francesi, dinanzi ai quali fosse stato citato da un altro straniero, è reputato di aver rinunziato a questo mezzo d' incompetenza, quando non l'abbia proposto *in limine litis* (1). Egli è così, anche quando si tratti di una contestazione relativa allo stato o alla capacità delle persone (2).

I tribunali francesi, dinanzi ai quali lo straniero faccia valere il mezzo d' incompetenza desunto dalla sua qualità, sono obbligati di far dritto alla declinatoria, eccetto se la contestazione rientri in una de' casi d' eccezione precedentemente indicati, o se lo straniero abbia omesso di proporre la sua eccezione *in limine litis*.

Del resto, ne' casi medesimi ne' quali i tribunali fossero autorizzati a ritenere la cognizione di una contestazione tra stranieri, essi non sarebbero legalmente obbligati di giudicarla (3). Questa proposizione non riceve eccezione che nelle due ipotesi seguenti:

1) Allorchè trattisi di contestazioni commerciali, le quali entrino nella classe di quelle di cui si è parlato più sopra;

2) Allorchè esistano trattati diplomatici, che diano a' sudditi del paese, col quale fossero stati conchiusi, il dritto di agire presso i tribunali francesi a simiglianza de' nazionali (4).

(1) Arg. art. 262 e 263 LL. di pr. civ. Merlin, *Rep.*, v. Straniero § 2 *in fine*. Foelix, *op. cit.* n. 130. Ric. rig., 3 frimale anno XIV, Sir., VI, 1, 183. Douai. 7 maggio 1828, Sir., XXIX, 2, 79. Ric. rig., 29 maggio 1833, Sir., XXXIII. 1. 522. Douai, 4 dicembre 1834, Dalloz, XXXV. 2, 60. (Brusselles, 14 gennaro 1834, *Giur. di B.*, 1834, 460).

(2) Confr. Ric. rig., 4 settembre 1811, Sir., XII. 1. 157. Civ. rig. 30 giugno 1823, Sir., XXIV, 1, 49 Questi due arresti non sono; siccome potrebbesi credere in sulle prime, in opposizione l'uno coll'altro. Fermeremo ciò in appresso, esaminando le conseguenze della rinunzia di che trattasi nel testo, per quanto concerne l'uffizio del giudice.

(Vedi nel senso degli arresti citati più sopra: Brusselles, 5 maggio 1829, *Giur. di B.*, 1829, 1, 415).

(3) Si è sempre ammesso in Francia il principio che lo stato non debba la giustizia che ai nazionali. Foelix, *op. cit.*, n. 128. Ric. rig., 14 aprile 1818, Sir., XXII, 1, 217. Ric. rig., 2 aprile 1833, Sir., XXXIII, 1, 435. (Brusselles, 18 novembre 1835, e 16 gennaio 1839. *Giur. di B.*, 1836, 181, e 1839. 100). Ugualmente per applicazione di questo principio, la Corte di cassazione ha giudicato nel dì 30 giugno 1823 (Sir., XXIV, 1, 49), che una Corte reale aveva potuto dichiararsi incompetente per conoscere di una domanda di separazione personale, benchè il reo convenuto non avesse in prima istanza declinata la giurisdizione dei tribunali. Riguardato sotto questo punto di veduta, tale arresto si concilia perfettamente con quello che la stessa Corte pronunziò addì 4 settembre 1811 (Sir., XII. 1, 357), giudicando che l' incompetenza dei tribunali francesi non sia, anche in fatto di quistione di stato, se non che personale, e che quindi lo straniero, il quale non l'abbia proposta nè in prima istanza, nè in grado di appello, non possa farne in suo pro un mezzo di cassazione.

(4) Confr. il trattato con la Russia degli 11 gennaro 1787, art. 7 e

Il principio, secondo il quale gli stranieri non sono ammessi a citarsi l'un l'altro dinanzi a' tribunali francesi, non è di ostacolo che un creditore straniero possa in virtù d'un titolo esecutivo emanato da un'autorità francese, o anche in virtù di un titolo emanato da un'autorità straniera, ma dichiarato esecutivo da un giudice francese, pignorare in Francia i beni mobili o immobili appartenenti al suo debitore straniero. Per quanto riguarda specialmente il sequestro presso terzi, uopo è applicare le regole seguenti:

Il giudice francese è incompetente per accordare ad uno straniero, sfornito di titolo, il permesso di procedere in Francia ad un sequestro presso terzi sopra valori appartenenti al suo debitore straniero, eccetto se egli sia autorizzato a condannare quest'ultimo al pagamento del credito per sicurezza del quale il permesso di sequestrare sia stato dimandato. Se, fuori di questo caso, una simile autorizzazione fosse stata accordata, il debitore straniero potrebbe provocarne l'annullamento, e per conseguenza l'annullamento altresì del sequestro (1). Allorchè un sequestro presso terzi sia stato fatto da uno straniero contro un altro straniero, in virtù d'un titolo esecutivo nel paese in cui esso titolo sia stato ottenuto, i tribunali francesi sono competenti per convalidare il sequestro, dichiarando il titolo esecutorio in Francia (2). Che se il sequestro presso terzi fosse stato fatto in virtù di un atto non esecutivo, neppure nel paese straniero, i tribunali francesi, dovrebbero, sulla dimanda del debitore, pronunziare l'annullamento di sequestro, eccetto se nell'intervallo il creditore abbia ottenuto un titolo esecutivo (3).

16; il trattato con la repubblica dell'Equatore del 6 giugno 1843-28 marzo 1845, art. 4.

(1) Roger, *Trattato del sequestro presso terzi*, n. 521. Bordeaux: 16 agosto 1817, Sir., XVIII, 2, 58. Aix, 13 luglio 1831, Sir., XXXIII, 2, 45. Vedi nondimeno: Aix, 6 gennaro 1831, Sir., XXXIII, 2, 43. Vedi in senso contrario: Foelix, *op. cit.* n. 137.

(Lo straniero, in danno del quale venga fatto in questo regno da un altro straniero un sequestro per rivendicazione sopra cose che in esso si trovino, può dimandare dinanzi ai tribunali belgi la nullità di tale sequestro, benchè egli non versi in alcuno dei casi preveduti dagli art. 9, n. 1 e 2 del Codice civile. Bruselles, 8 marzo 1828. *Giur. di B.*, 1828, 2, 86; *Giur. del XIX secolo*, 1830, 3, 242).

— I tribunali belgi sono competenti per conoscere della domanda di validità del sequestro presso terzi fatto nel regno, ad istanza di uno straniero contro un altro straniero, ed in virtù di una sentenza pronunziata fra questi due stranieri dalla autorità giudiziaria del loro proprio paese, sopra denari dovuti o posseduti da un regnicolo. Liegi, 6 agosto 1842, *Giur. di B.*, 1843, 443).

(2) Roger, *op. cit.* n. 523. Foelix, *op. cit.* n. 138. Parigi, 5 agosto 1832, *Sir.*, XXXIII, 2, 20.

(3) Foelix, *op. e luogo cit.*, Roger, *op. cit.*, n. 521; Rouen, 11 gennaro 1817, Sir., XVII, 2, 89. Pari-

II. DELLA PRUOVA (1).

672. *Introduzione.—1. Della pruova e del suo oggetto in generale.—2. Del peso della pruova, e di ciò che dev'essere provato.—3. De' mezzi di pruova.—4. Della pruova riguardata sotto il rapporto del convincimento del giudice.*

672. Introduzione. — 1. Della pruova e del suo oggetto in generale.

Provare *(hoc sensu)*, è sottoporre al giudice, che debba conoscere di una contestazione, elementi di convinzione atti a giustificare la verità di una allegazione fatta da una delle parti, e che senza di ciò ei non sarebbe nè obbligato nè autorizzato a ritenere per vera (2).

gi, 24 aprile 1841, Sir., XLI, 2. 537. Douai, 12 luglio 1844, Sir. XLIV, 2, 491.

(1) Confr. su questa materia: Halle, 1832, 1 B. in 8. *Trattato teorico e pratico delle pruove*, di Bonnier, Parigi, 1843, 1 vol. in 8. *Saggio sulla natura, sulle differenti specie, e sui diversi gradi della forza delle pruove*, di Gabriel: nuova edizione, riveduta ed aumentata da' Solon, Parigi, 1845, 1 vol. in 8.

(2) In significato più largo, provare è stabilire l'esattezza di una proposizione qualunque, detta o in giudizio o fuori giudizio.

* *Diritto romano.*—La prova soleva definirsi dai giureconsulti *un atto col quale si fa fede al giudice sopra di un fatto dubbio*. Questa fede o era appoggiata sopra argomenti intrinseci, vale a dire cavati dalla cosa stessa, come se si desumeva argomento dalla causa, dall'effetto, o da altri simili luoghi; o era appoggiata sopra argomenti estrinseci, come sopra testimonii, sopra istrumenti, sopra giuramento e simili: i giureconsulti, seguendo in questa parte i retori ed i logici, chiamavano *artifiziale* la prima specie di prova, la seconda *non artifiziale*. Dividevano ancora la prova in *piena e semipiena*, intendendo per piena quella che faceva fede sufficientemente delle cose accadute, talchè il giudice fosse istrutto sì, da poter sentenziare; e per semipiena quella che non istruiva da se sola il giudice a sufficienza da poter pronunziare in causa. Quando poi il giudice si dovesse dire bastantemente istrutto, e quando no, era questo riposto nell' intima persuasione del giudice, avvegnachè non si potesse dare su ciò alcuna regola certa, come rescrisse Adriano a Valerio Vero, le di cui parole riferite da Callistrato nella l. 3, § 2, ff *de testibus* sono queste : « Quae argu-
» menta, ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo cer-
» to modo satis definiri potest; sicut
» non semper, ita saepe sine publi-
» cis monumentis cujusque rei ve-
» ritas deprehenditur. alias numerus
» testium, alias dignitas et auctoritas,
» alias veluti consentiens fama con-
» firmat rei de qua quaeritur, fidem.
» Hoc ergo solum tibi rescribere pos-
» sum summatim, non utique ad u-
» nam probationis speciem cognitio-
» nem statim alligari debere. sed ex
» sententia animi tui te aestimare
» oportere, quid aut credas, aut pa-
» rum probatum tibi opinaris ».

* Abbiamo detto, definendo la prova, che essa era la fede che si faceva di un fatto dubbio; da ciò avveniva che provar non si doveva il diritto comune, il quale si presumeva già noto al giudice, *arg.* l. 2. ff *de juris et facti ignor.* ma bensì

La parola *pruova* applicata alla pruova giudiziaria, si prende in diversi significati.

1. Essa indica ciò che i dottori chiamano *actus probandi*, vale a dire, il fatto della produzione di elementi di convinzione, per mezzo dei quali l'una delle parti intenda di stabilire la verità di una allegazione. In questo senso appunto parlasi del peso della pruova.

2. Per essa intendonsi questi elementi di convinzione, considerati in sè stessi. In tal senso, dicesi che una parte sia munita o sfornita di pruove ammessibili in giudizio.

3. Essa esprime il risultamento della produzione di questi elementi, quanto alla convinzione del giudice. In questo senso si dice, che una parte abbia fatta o non abbia fatta una data pruova, che la pruova sia o no completa.

La pruova giudiziaria, la quale, secondo la natura delle cose, non può menare ad una certezza assoluta, ha per oggetto il convincere il giudice, come tale, della verità dei fatti sui quali essa versi. Ne vien raggiunto lo scopo, tostochè esistano pel giudice, sia secondo le regole dell'esperienza o della logica, sia secondo le disposizioni della legge, elementi di convinzione sufficienti per far ritenere questi fatti come certi.

Di sua natura, la pruova giudiziaria non ha per oggetto che l'assicurazione di punti di fatto suscettivi di essere fermati.

Le regole del dritto non potrebbero in generale, formare la materia di una pruova propriamente detta. Nondimeno, egli è altrimenti allorchè siavi contestazione

provar dovevansi i fatti, la cognizione dei quali nel giudice non si presumeva l. 16, *Cod. de probat.*. ond'è che le consuetudini per essere cose di fatto dovevano essere provate arg. l. 5. ff *de probat.*, l. 34, ff *de legib.*, l. 1, *Cod. quae sit long. consuet.*, l. 3, *Cod. de aedif. priv.*, l. 4, ff *de cust. et exib. reor.* l. 3, § *ult.* ff *de test.*, e dovevano del pari essere provati i diritti e le ragioni delle parti l. 5, ff *de probat.* Quindi l'attore doveva provare il fondamento della sua azione, il reo quello della sua eccezione l. 9. l. 10, ff l. 1, *Cod. de probat.*, ritenuta però la regola che la prova incombeva a chi affermava e non a chi negava l. 2. l. 18. § *ult.*, ff l. 23. *Cod. de probat.*, l. 10, *Cod. de non num. pecun.* a meno che la negativa non contenesse in se un'affermativa, come ne somministra esempii la l. 8, l. 15, *in fin ff de probat.*, l. 23, § *ult.*, l. 24, ff *ad leg. Aquil.*, l. 5, *Cod. de codicill.*, l. 14. ff *de contrah. et comm. stipul.*, l. 14. *Cod. de probat.*, § 12, *inst. de inut. stipul.* Nè l'attore peraltro nè il reo provar doveva la sua intenzione quando aveva in suo favore una presunzione, oppure il possesso della cosa su cui cadeva quistione l. 11. *Cod. de petit. haered.*, l. *ult. Cod. de rei vindicatione.*

Del resto la prova dovevasi esibire in giudizio l. 18, ff *com. divid.*, nel termine stabilito dalle leggi l. 1, *Cod. de dilat.*, *nov.* 80, *cap.* 4, *nov.* 113, *cap.* 2. lo che se si faceva per parte dell'attore, il reo veniva condannato, altrimenti era assoluto l. 4, l. 6, l. 18, *in fin.*, l. 15, l. 18, § 1, l. 21, l. 22, l. 23. ff l. 1, *Cod. de probat.*, l. 4, *Cod. de edendo.*

sul tenore di una legge straniera o di un uso locale, di cui il giudice sia chiamato a far l'applicazione. In simil caso, la parte che invoca la legge straniera o l'uso, come stabilente una regola messa in contestazione dall'altra parte, è nell'obbligo di provare l'esattezza delle sue asserzioni (1).

Il giudice non può nè esigere nè ammettere veruna pruova, allorchè trattisi di fatti legalmente constanti. Così, non potrebbesi quistionare di prova quanto al fatti che la legge reputa certi, sia in virtù d' una prescrizione efficace fra tutte le persone indistintamente, come sarebbero le presunzioni di legittimità, d'interposizione, di remissione di debito, sia in virtù di una presunzione, la quale abbia effetto solamente tra le parti litiganti, come sarebbero le presunzioni annesse alla confessione, al giuramento, o alla cosa giudicata (2). Articoli 1304 e 1306.

Il giudice deve arrestarsi so-

(1) Discutesi molto in Alemagna, il punto di sapersi, se il giudice, dinanzi al quale s' impegni una contestazione sul tenore di un uso, possa, senza precedente istruzione, decidere la contestazione giusta la notorietà giudiziaria, vale a dire, giusta la cognizione che egli abbia personalmente acquistata, in qualità di giudice, dagli antecedenti relativi all' uso in quistione. Confr. Vangerow, *Pandeclem*, I, 31; Heffter, Stahel. p. 43. A parer nostro, non havvi alcun motivo per dispensare il giudice dall'ordinare la prova dell'uso messo in contestazione. Havvi di più: il carattere variabile dell' uso non permette di attenersi esclusivamente, per la sua prova, alla notorietà risultante da antecedenti giudiziarii, che potrebbero risalire ad epoche più o meno lontane. Del resto, in questo senso sembra che la quistione sia stata sempre decisa in Francia. Confr. sulla prova della consuetudine e dell'uso: Loisel, *Istituzioni consuetudinarie*, lib. V, tit. II, reg. 11 e 15; Jousse, sull'artic. 1, tit. XIII, dell'ordinanza del 1667.

(Allorchè trattisi di giustificare un uso in paese straniero, non deesi rigettare dal processo ogni certificato o atto di notorietà ivi rilasciato su questo punto di uso. Brussel-les, cassazione 31 ottobre 1815, *Giur. di B.* 1815, I, 167; *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(2) Gli effetti principali della cosa giudicata consistono nell' azione e nella eccezione che ne risultano. Sotto questo rapporto, la materia dell'autorità della cosa giudicata non ha nulla di comune con quella della prova. Il che spiega perchè noi ne tratteremo separatamente. Nondimeno, sonovi alcune circostanze particolari, in cui un fatto riconosciuto constante relativamente ad una persona da una sentenza passata in giudicato, dev' essere tenuto per certo riguardo a questa persona, anche quando venga allegato contro di lei in una nuova contestazione, e la sentenza non venga invocata come ingenerante un'azione o una eccezione di cosa giudicata. Per tal guisa, a cagion di esempio, una persona la quale sia stata condannata da un tribunale di giustizia repressiva, a causa di un fatto costituente un reato, non può, quando ella sia convenuta in linea civile per la riparazione del danno cagionato da questo reato, sostenere di non essere ella l'autrice di tal fatto, ed esigerne la prova.

(La sentenza sull' azione pubblica, allorchè essa pronunzii positivamen-

zione della donazione. Quindi ancora, allorchè trattisi di una donazione di beni futuri, il coniuge donatario è dispensato da ogni dimanda di rilascio, ed ha sempre dritto a' frutti de' beni donati a contare dalla morte del donante (1), salvo soltanto agli eredi di costui il ritenere i frutti che eglino avessero percepiti di buona fede.

4) Il donatario non è soggetto all'azione di riduzione degli eredi di riserva del coniuge donante, se non dopo la riduzione di tutte le disposizioni testamentarie di quest'ultimo (2). Se la donazione abbia per oggetto beni presenti, essa non è riducibile, comparativamente ad altre donazioni tra vivi, se non che nell'ordine delle loro date rispettive. Che se essa avesse per oggetto beni futuri, sarebbe riducibile prima di tutte le altre donazioni tra vivi, benchè posteriori di data (3).

5) Le donazioni tra coniugi aventi per oggetto beni presenti, non divengono, in generale (4),

(1) Gli artic. 930, 965 e 968 non sono adattabili in somigliante caso. Toullier, V, 921. Grenier, II, 453. Parigi, 29 agosto 1834, Sir., XXXIV, 2, 643. Ric. rig., 5 aprile 1836, Sir., XXXVII, 1, 35. Vedi altresì le considerazioni dell'arresto del 12 aprile 1843 citate altrove. Duranton, non si spiega intorno a siffatta quistione; ma per rimaner conseguente a' suoi principii, egli dovrebbe deciderla contro la nostra opinione.

(2) Vedi in questo senso la requisitoria dell'avvocato generale Nicod, ad occasione dell'arresto della Corte di cassazione del 5 aprile 1836 (Sir., XXXVII, 1, 36) le considerazioni dell'arresto del 12 aprile 1843.

(3) Se, nel caso di una istituzione contrattuale fatta per contratto di matrimonio, la riduzione non può colpire i beni compresi in questa istituzione, se non dopo di essersi esaurite le donazioni tra vivi fatte posteriormente, ciò dipende unicamente dacchè questa istituzione è irrevocabile, e non può ricevere alcuna offesa per effetto di disposizioni posteriori. Ma questa ragione non esiste più allorchè trattisi di una donazione di beni futuri fatta tra coniugi durante il matrimonio, perciocchè una somigliante donazione è essenzialmente rivocabile. Il dritto del coniuge donatario versando solamente sopra beni futuri, non può, quanto al suo oggetto, retrongire al giorno del contratto, e non prende data che dal giorno della morte. Esso è dunque, sotto il punto di vista della riduzione, meno forte di quello dei donatarii di beni presenti. Ma, appunto perchè il coniuge donatario è investito del suo dritto in virtù del suo titolo, e non ha a domandare alcun rilascio, egli deve, sotto lo stesso punto di vista, essere preferito a' legatarii. Dalle precedenti osservazioni risulta, doversi ciò che noi abbiamo detto applicare soltanto alle donazioni di beni presenti fatte tra coniugi durante il matrimonio.

(4) Altrimenti sarebbe, se, giusta l'intenzione delle parti, l'effetto della donazione dovesse essere subordinato alla condizione della sopravvivenza del coniuge donatario; e noi ammettiamo che il giudice potrebbe, in mancanza di ogni clausola espressa, decidere dal complesso dell'atto e dalle circostanze della causa, tale essere stata la volontà delle parti. Giusta questa osservazione la quistione teorica risoluta nel testo perde molto della sua importanza.

caduche per la premorienza del coniuge donatario (1). Quanto a quelle aventi per oggetto beni futuri, la morte naturale o civile

(1) La quistione, se le donazioni di beni presenti, fatte tra coniugi durante il matrimonio, divengano caduche per la premorienza del coniuge donatario, è molto dilicata. La soluzione negativa sembraci essere una conseguenza necessaria della natura delle donazioni di che si tratta, quale noi l'abbiamo determinata. Questa soluzione consacrata da una decisione della Corte di Limoges del 1 febbraio 1840 (Sir., XL, 2, 245), e da un arresto della Corte suprema profferito dopo la compilazione di questa nota (civ. cass. 18 giugno 1845, Sir., XV, 1, 638), è contraria alla opinione degli autori. Vedi: Toullier, art. 910; Duranton, IX, 777; Grenier, II, 454; Delvincourt, II, p. 667; Vazeille, sull'art. 1050, n. 9; Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Donazioni tra coningi. n. 32. La maggior parte di questi autori fondandosi unicamente sulla supposizione, erronea secondo noi, che le donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio non costituiscano in sostanza se non disposizioni testamentarie, noi ci limiteremo, per la confutazione della loro opinione a rimandare alle note *supra*. Quanto a Duranton, egli fa ancora valere le considerazioni seguenti: 1. Il legislatore avendo creduto necessario di dichiarare, nell'art. 1047, che la donazione di beni presenti, fatta tra sposi per contratto di matrimonio, non è reputata subordinata alla condizione della sopravvivenza dello sposo donatario, se ne dee conchiudere che questa condizione sia naturalmente annessa alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio. 2. La disposizione dell'art. 1048, il quale dichiara non trasmessibili ai figliuoli nati dal matrimonio, in caso di morte dello sposo donatario prima dello sposo donante, le donazioni di beni futuri o di beni presenti e futuri fatte per contratto di matrimonio, dee *a fortiori* applicarsi alle donazioni, anche di beni presenti, fatte tra coniugi durante il matrimonio; perciocchè queste ultime sono essenzialmente rivocabili, mentre le prime sono irrevocabili. 3. La facoltà di rivocare inerente alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio, è più larga della facoltà di disporre di una o di più cose che il donante si avesse riservate in una donazione fatta per contratto di matrimonio; e siccome risulta dalla combinazione degli art. 1044 e 1048, che una donazione dell'ultima specie, fatta tra sposi, diviene caduca per la morte dello sposo donatario prima dello sposo donante, così dee a maggior ragione essere lo stesso quanto alle donazioni fatte durante il matrimonio. Queste differenti considerazioni ci sembrano facili a confutare. 1. L'argomento *a contrario*, che Duranton trae dall'art. 1047 non potrebbe avere qualche valore, se non in quanto fosse certo che le donazioni tra coniugi sieno, in generale e di loro natura, reputate fatte sotto la condizione di sopravvivenza del coniuge donatario. Ma questo punto è meno che fermato; ed ammetterlo come base di un ragionamento, è un fare in ultima analisi una vera petizione di principio. Gli art. 1047 e 1048, relativi alle donazioni fatte tra sposi per contratto di matrimonio, risolvendo la quistione in senso opposto, secondochè trattisi di una donazione di beni presenti o di beni futuri, non si può asseverantemente dire che questi articoli suppongono, essere le donazioni tra sposi di loro natura subordinate alla condizione di sopravvivenza dello sposo donatario. Se il legislatore fosse realmente partito

del coniuge donatario prima del coniuge donante ne produce la

da questa supposizione, non comprenderebbesi perchè nell'art. 1048 egli abbia presa cura di dichiarare che le donazioni di beni futuri non saranno trasmessibili a' figli nati dal matrimonio, in caso di morte dello sposo donatario prima dello sposo donante; perciochè le disposizioni di cui si tratta sarebbero rimaste sotto l'impero della regola, per la sola ragione che esse non ne sarebbero state, come quelle di beni presenti, formalmente eccettuate. Non deesi d'altronde perdere di vista che gli art. 1047 e 1048 concernono solamente le donazioni fatte per contratto di matrimonio, e lasciano per conseguenza indecise le quistioni in ordine alle donazioni fatte durante il matrimonio. In queste circostanze, non si può trarre dall'art. 1047 altra intenzione *a contrario sensu*, salvo quella che il legislatore ha egli stesso indicata nell' art. 1048. Indarno Duranton dice, l' unico motivo pel quale il legislatore ha esentate dalla caducità, a causa della premorienza dello sposo donatario, le donazioni di beni presenti fatte per contratto di matrimonio, essere l' irrevocabilità di queste disposizioni, e che mancando questo motivo nelle donazioni fatte durante il matrimonio, esse debbano essere sottoposte alla caducità. L'art. 1048 dimostra sino all'evidenza il vizio di questo ragionamento. Di fatti, quest'articolo dichiarando caduche, per causa della premorienza dello sposo donatario, le donazioni di beni futuri fatte tra sposi per contratto di matrimonio; donazioni, le quali nondimeno sono irrevocabili, quanto al titolo, al pari di quelle di beni presenti: ne risulta in un modo perentorio, che la quistione se una data donazione fatta tra sposi divenga o no caduca per la premorienza dello sposo donatario, deesi risolvere, non giusta la sua rivocabilità o la sua irrevocabilità, ma unicamente giusta la natura de' beni che ne formino l'oggetto; 2. L'argomento *a fortiori*, che Duranton attinge dall'art. 1048, trovasi di già confutato mercè l'osservazione che noi abbiamo presentata in ultimo luogo. Se il legislatore dichiara caduche, in caso di premorienza dello sposo donatario, le donazioni di beni futuri fatte tra sposi per contratto di matrimonio, egli è così unicamente per ragione della natura de' beni che ne formano l'oggetto. Non si può dunque logicamente conchiudere da questo articolo che le donazioni tra coniugi durante il matrimonio debbano a cagione della loro rivocabilità, essere sottoposte alla regola che esso stabilisce, anche quando esse abbiano per oggetto beni presenti. Tutto ciò che è possibile d' indurre da quest' articolo, quanto alle donazioni fatte durante il matrimonio, si è che la premorienza del coniuge donatario le rende caduche, come quelle che siano fatte per contratto di matrimonio, allorchè versino sopra beni futuri; e noi medesimi ammettiamo questa conseguenza. Conf. la nota seguente. 3. Quanto al ragionamento che Duranton fonda sulla combinazione dello art. 1044 coll'art. 1048, esso è difettoso sotto un doppio rapporto. Da un canto, non si può conchiudere dall'art. 1048 che una donazione di beni presenti fatta tra sposi per contratto di matrimonio, divenga caduca per la premorienza del donatario, se essa abbia avuto luogo sotto la riserva, da parte dello sposo donante, di poter disporre dei beni che ne formino l'oggetto; perchè quest'articolo si occupa di donazione di beni futuri, e la sua disposizione è, siccome lo abbiamo di già fatto osservare, fondata appunto sulla natura de' beni donati. Dall'altro

caducità (1). Del resto, va bene inteso che il coniuge donante di beni presenti conserva, dopo la morte del suo coniuge, la facoltà di rivocare la donazione contro gli eredi di quest'ultimo.

Gli effetti delle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio sono, in generale, indipendenti dalla qualificazione che le parti possano aver data a simili disposizioni. Quindi, la circostanza che il coniuge donante avesse dichiarato di disporre a causa di morte, o per donazione a causa di morte, sarebbe priva d'influenza quanto all'applicazione dei principii qui sopra sviluppati (2).

5. La rivocazione delle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio può aver luogo espressamente o tacitamente.

Il Codice civile non avendo regolate le forme della rivocazione espressa, la quistione di sapersi se la dichiarazione, contenuta in un atto emanato dal coniuge donante, provi sufficientemente la intenzione di rivocare, era, secondo questo Codice, una sem-

cauto, non è esatto il dire che le cause di caducità, stabilite per donazioni assolutamente irrevocabili, o che sono sottoposte solamente ad una rivocabilità ristretta, debbano a maggior ragione essere ammesse nelle donazioni che sono rivocabili in un modo assoluto. Ed in vero, allorchè trattasi di una donazione irrevocabile, il donante non può, salva l'applicazione delle cause ordinarie di rivocazione, rientrare ne' beni donati, se non per effetto della caducità; e comprendesi perfettamente, che, onde facilitare le donazioni per contratto di matrimonio, il legislatore abbia in alcune circostanze ammessa la caducità di tali donazioni per causa dello sposo donatario; perchè con questo mezzo il donante consegue la certezza che, almeno durante la sua vita, i beni donati non passeranno ad estranei. Ma le stesse considerazioni non si applicano punto alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio. Il legislatore non aveva alcun motivo di incoraggiare somiglianti disposizioni. D'altronde, siccome il coniuge donante è padrone di rivocare la donazione quando a lui piaccia, ei può sempre impedire che i beni donati passino, durante la sua vita, a persone terze. Che se, dopo la morte del coniuge donatario, il donante non rivochi la donazione, il suo silenzio indica di aver egli voluto gratificare non solamente il coniuge donatario, ma ancora gli eredi di costui.

(1) Sotto questo rapporto, l'art. 1048 fornisce un argomento di analogia perfettamente adattabile alle donazioni fatte tra coniugi durante il matrimonio. D'altronde, siccome le donazioni di beni futuri hanno di ordinario per oggetto una parte aliquota della eredità del disponente, e il donatario dee per conseguenza divenire il successore universale di quest'ultimo, così è cosa affatto naturale che la sua premorienza renda caduca la donazione.

(2) Nondimeno, il giudice potrebbe, appigliandosi alla qualificazione di *donazione o disposizione a causa di morte*, decidere in fatto, che le parti abbiano inteso di subordinare l'effetto della disposizione alla condizione della sopravvivenza del coniuge donatario: e questa decisione, applicata ad una donazione di beni presenti, produrrebbe la conseguenza di renderla caduca in caso di morte del coniuge donatario prima del coniuge donante.

plice quistione di fatto, e, come tale, rimaneva abbandonata alla estimazione sovrana dei tribunali, i quali non trovavansi legalmente obbligati di risolverla per applicazione dell'art. 990 (1). Ma oggidì, e dopo la promulgazione della legge del 21 giugno 1843, sulla forma degli atti notarili, la rivocazione espressa delle donazioni tra coniugi non può aver luogo che per testamento, o mediante un atto notarile ricevuto conformemente alle disposizioni dell'artic. 2 di questa legge (2). Del resto, una clausola di rivocazione di tutti i testamenti anteriori non basterebbe per rivocare una donazione della natura di quelle di cui si tratta (3).

La rivocazione tacita delle donazioni tra coniugi risulta da tutti i fatti od atti del coniuge donante, i quali indichino, in un modo non equivoco, la sua intenzione di rivocare la donazione. Per risolvere le quistioni che possono presentarsi relativamente a ciò, debbonsi seguire regole analoghe a quelle che sono state stabilite nel § 648, sulla rivocazione tacita dei testamenti. Dall'applicazione di queste regole emergono tra le altre, le seguenti conseguenze:

Una donazione è tacitamente rivocata con una donazione tra vivi o con un testamento, fatti posteriormente e contenenti disposizioni contrarie (4). Arg. artic. 991. Specialmente, la donazione d'una quota d' usufrutto, con la quale il coniuge donante avesse esaurita la porzione disponibile fissata dall' articolo 1094 francese, trovasi rivocata mercè una donazione fatta in appresso a favore di un terzo, fino alla concorrenza dell' ammontare di quest' ultima

(1) Così, una scrittura privata potrebb' essere considerata come sufficiente per operare la rivocazione, benchè non fosse interamente scritta, datata e sottoscritta di mano del coniuge donante. Toullier, V, 923. Coin-Delisle, sull' art. 1050, n. 15. Vedi in senso contrario: Grenier, II, 462; Duranton, IX, 779. Questi autori sono di avviso, che sol perchè i compilatori del Codice non si sono spiegati intorno alla forma della rivocazione espressa delle donazioni tra coniugi, debbasi supporre che abbiano essi voluto riportarsi, quanto a ciò, alle disposizioni dell'art. 990. Ma questa congettura sembraci troppo incerta per avervisi dovuto arrestare.

(2) Per verità, l'art. 2 della legge del 21 giugno 1843 non dispone espressamente che la rivocazione delle donazioni debba aver luogo per atto notarile; ma esso suppone evidentemente che sia così, perchè assomiglia, sotto il rapporto della forma, gli atti notarili contenenti rivocazione di donazione agli atti notarili contenenti rivocazione di testamento, e sottopone gli uni e gli altri a formalità più solenni di quelle che sieno richieste per gli atti notarili in generale. Non comprenderebbesi punto, come una rivocazione, la quale non può più oggidì essere validamente fatta con un atto notarile ordinario, possa nondimeno aver luogo con una semplice scrittura privata, non rivestita delle forme testamentarie. Confr. discussione della legge del 21 giugno 1843, Sir., XLIII, 2, 437.

(3) Toullier, V, 923.

(4) Parigi, 17 luglio 1826, Sir., XXIX, 2, 105. Confr. Ric. rig., 17 luglio 1837, Sir., XXXVII, 1, 913.

disposizione (1). Ma la donazione di una somma di danaro, fatta da uno de' coniugi all'altro, non dev'essere reputata tacitamente rivocata mediante la susseguente donazione di una altra somma a favore di un terzo, benchè le due somme riunite eccedano la quota disponibile (2).

Ogni donazione tra coniugi di beni presenti è tacitamente rivocata, in tutto o in parte, mercè l'alienazione totale o parziale dei beni donati, fatta in seguito dal donante, sia a titolo oneroso, sia a titolo gratuito. La costituzione che il donante facesse di dritti d'usufrutto o di servitù su' beni donati, produrrebbe ugualmente di restringere la donazione alla misura di tali dritti (3). Ma la costituzione d'ipoteche consentita dal donante non trarrebbe seco nè la rivocazione totale, nè pure la riduzione: darebbe solamente luogo all'applicazione, per analogia, delle disposizioni dell'art. 974 (4). A maggior ragione, la rivocazione non può risultare da debiti contratti dal donante, e pei quali egli non abbia conferite sicurtà speciali sopra i beni donati (5).

La moglie che, durante il matrimonio, abbia fatta una donazione a suo marito, può rivocarla senza esservi autorizzata da quest'ultimo o dal giudice. Art. 1050, comma 2.

I creditori del coniuge donante non possono rivocare la donazione in nome del loro debitore (6).

(1) Montpellier, 17 marzo 1835, Sir., XXXVI, 2, 198.

(2) Di fatti, questa circostanza non prova punto, da parte del donante, la volontà di rivocare la prima donazione. Per poterne indurre questa intenzione, sarebbe d'uopo innanzi tutto giustificare che l'ultima donazione era eccessiva, avuto riguardo al patrimonio che il donante possedeva nell'epoca in cui essa sia stata stipulata; e quando questo fatto fosse stabilito, non sarebbe ancora decisivo, perchè può esservi stato errore del donante nel valutare il suo patrimonio presente o futuro. Tolosa, 21 maggio 1829, Sirey, XXX, 2, 22.

(3) Arg. art. 993.

(4) Toullier, V, 924. Delvincourt, II, 657. Vazeille, sull'articolo 1050. Confr. Limoges, 1 febbraro 1840, Sir., XL, 2, 241.

(5) Civ. rig., 10 aprile 1838, Sir., XXXVIII, 1, 289.

(6) La rivocazione è di sua natura una facoltà personale, che il legislatore ha voluto lasciare al coniuge donante per usarne a sua volontà; ed è cosa evidente, che l'estimazione dei motivi di rivocazione si appartiene al donante solo. I creditori eserciterebbero la facoltà di rivocare, non per motivi tali, quali il donante avrebbe potuto averli, ma nel loro interesse pecuniario. Limoges, 1 febbraro 1840, Sir., XL, 2, 241.

I. DELLE AZIONI ED ECCEZIONI.

668 Generalità sul modo di far valere i proprii diritti. 669 Delle azioni. 670 Dei mezzi di difesa e specialmente delle eccezioni. 671 Delle persone dalle quali e contro le quali una dimanda può essere intentata. 671 bis. Specialità sulle contestazioni tra nazionali e stranieri e sulle contestazioni tra stranieri.

668 Generalità sul modo di far valere i proprii diritti.

Non si possono, in generale, garentire, difendere, o perseguire i proprii diritti, se non mercè i provvedimenti conservatorii e le vie di dritto autorizzate o stabilite dalla legge. Le vie di fatto sono per eccezione permesse solo nei casi di legittima difesa, ed in quelli nei quali il diritto di ritenzione è ammesso (1).

I principali provvedimenti conservatorii sono, oltre quelli di già indicati altrove: la trascrizione degli atti traslativi d' immobili suscettivi d' ipoteche; l'apposizione dei suggelli dopo la morte o dopo il fallimento, e l' opposizione alla rimozione dei suggelli (2); finalmente, le proteste e le riserve.

Le vie di dritto mercè le quali si perseguono, o si difendono i proprii dritti sono le azioni e le eccezioni.

Le autorità ed i funzionarii ai quali possiamo, o ai quali ci dobbiamo, secondo le circostanze, dirigere, per perseguire o per difendere i proprii dritti, sono i tribunali e gli uffiziali ministeriali che vi sono addetti.

In generale, i tribunali civili son essi soli competenti per conoscere della persecuzione e della difesa de' dritti civili. Nonpertanto le persone lese per un reato di dritto criminale sono ugualmente autorizzate a dirigersi a' tribunali di giustizia repressiva, per reclamare i danni ed interessi che possono esser loro dovuti (3). Da un'altra parte, sonovi alcune contestazioni, civili di loro natura, la cui conoscenza è stata, per motivi politici, attribuita a' tribunali amministrativi (4).

669. Delle azioni.

Un'azione è la via di dritto per mezzo della quale possiamo reclamare o perseguire dinanzi la giustizia contenziosa ciò che ci appartenga o quel che ne sia dovuto.

Chiamasi egualmente azione il

(1) Confr. Rauter, *del Dritto di ritenzione, Rivista di legislazione*, X, 430. Vedi nondimeno anche l'artic. 593, comma 3.

(2) Confr. Codice di procedura, art. 894 a 1004 LL. di pr. civ. Codice di commercio, art. 441 e seg. LL. di eccezione.

(3) Mangin, *Trattato dell' azione pubblica e dell'azione civile in materia criminale;* Brusselles, 1839.

(4) (Nel Belgio, giusta l'artic. 92 della costituzione, tutte le contestazioni, che abbiano per oggetto diritti civili, si appartengono esclusivamente a' tribunali).

lamente ai fatti allegati dalle parti; e non può ritenerli per verificati, se non in quanto sieno stati regolarmente provati. *Secundum allegata et probata index indicare debet.* E però egli non è autorizzato a dichiarare un fatto come costante, solo perchè egli ne avesse personalmente acquistata una conoscenza positiva (1), o perchè tal fatto fosse considerato come certo nella pubblica opinione (2). Nel caso in cui la notorietà d'un fatto sia richiesta per l'applicazione di una disposizione della legge, l'esistenza di questa notorietà deve ancor essa essere provata, se venga negata (3).

Un fatto non può essere considerato come regolarmente provato, se non quando sia stato formato mercè uno de' mezzi di pruova ammessi dalla legge, e quando, da un' altra parte la pruova ne sia stata fatta nella medesima istanza, ed in contraddizione della parte a cui essa pruova si opponga (4). Così, un tribunale civile non può attingere da una deposizione di testimoni, che abbia avuto luogo presso un tribunale di giustizia repressiva (5), la pruova di un fatto messo in contestazione. Così ancora, la pruova risultante da una deposizione di testimoni non può essere opposta a colui che non vi sia stato chiamato, e che non vi abbia assistito, quantunque d'altronde egli fosse parte nel giudizio (6).

Il giudice non deve ammettere od ordinare che la pruova di fatti i quali rilevino, vale a dire, di fatti che siano di natura tale da influire, in una maniera più o me-

te sulla esistenza e sulla imputabilità del fatto, dee servire ugualmente a far valutare la domanda di danni ed interessi fondata sullo stesso fatto, sia che tale domanda si trovi unita coll'azione pubblica, sia che essa si meni innanzi con istanza separata.— Così, la dichiarazione che un accusato sia colpevole di omicidio, ma che l'abbia commesso involontariamente, essendo in istato di demenza nel momento in cui l'abbia perpetrato, vale per lui tanto nel criminale che nel civile. Liegi, 10 gennaro 1835, *Giur. di B.* 1835, 362).

(1) Toullier, VIII, 39. Hauter, *Corso di procedura civile*. n. 70; Riom. 3 novembre 1809, Sir., XIV, 2, 266. Confr. nondimeno: Ric. rig. 31 agosto 1831, Sir., XXXII, 1, 271.

(2) Denisart, *Collezione di giurisprudenza*, v. Notorietà, n. 5 e 6. Toullier, VIII, 13.

(3) Confr. art. 367 e 426. Obiettasi a torto, che non potendo un fatto essere reputato notorio, se non in quanto non abbisogni di essere provato, non potrebbesi quistionare della prova della notorietà. Questa obiezione è poggiata sopra una confusione tra la prova del fatto di cui la notorietà venga allegata, e la prova dell'esistenza di questa notorietà medesima. Ric. rig. 12 maggio 1830, Sir., XXX, 1, 326.

(4) Questa proposizione non si applica che alla prova diretta e compiuta. Essa non concerne nè la prova indiretta, nè il principio di prova.

(5) Toullier, VIII, 26 a 29. Hauter., *op. cit.* § 129. Civ. cass., 22 messidoro anno VII, Sir., I, 226. Colmar, 23 luglio 1810, Sir., XII, 2. 99. Parigi, 13 agosto 1836, Sir., XXXVI, 2, 452.

(6) Civ. cass., 11 gennaro 1815, Sir., XV, 1, 255.

no assoluta, sulla decisione della causa ad occasione della quale vengano allegati. *Frustra probatur*, *quod probatum non relevat* (1).

2. Del peso della pruova, e di ciò che dev'essere provato.

Ogni persona che istituisca un'azione in giudizio, o che opponga un'eccezione ad un'azione diretta contro di lei, è, in generale, tenuta a provare i fatti di cui la sua azione o la sua eccezione suppongono l'esistenza. *Actori incumbit onusprobandi*. *Excipiendo*, *reus fit actor*. Art. 1269, ed arg. da quest'articolo.

Per contrario, colui il quale, per respingere o un'azione o una eccezione, si limiti a negare i fatti su' quali esse sieno fondate, non è, in generale, tenuto ad alcuna prova. *Ei incumbit probatio qui dicit*, *non qui negat*. *Negantis*, *naturali ratione*, *nulla est probatio* (2).

L'applicazione del primo di tali principii è indipendente dalla natura de' fatti a provarsi, e dall'impossibilità più o meno assoluta, in cui si trovasse la parte obbligata a stabilirli, di addurne la pruova. Non havvi soprattutto alcuna distinzione ad ammettersi, sotto questo rapporto, tra i fatti positivi ed i fatti negativi. Adun-

(1) Questa regola si applica non solamente alla prova testimoniale, ma ad ogni specie di prova, e soprattutto a quella che si offerisse di fare tanto per mezzo di titoli quanto per mezzo di testimonii. Ric. rig. 24 agosto 1831, Sir., XXXI, 1, 321.

(2) L. 2, D. *de Probat. et praesumpt.* (22, 3). L. 23, C. *de Probat.* (4, 19). Il doppio principio stabilito nel testo, relativamente al peso della pruova, è fondato sulla natura delle contestazioni giudiziarie, e sulla posizione rispettiva delle parti impegnate in somiglianti contestazioni. In fatti, ogni domanda tende ad ottenere dal giudice che egli riconosca le pretensioni le quali ne formino l'oggetto, ed a privare il reo convenuto, in un modo più o meno esteso, dei vantaggi della sua attuale posizione. Or se, sotto il punto di vista della morale e di una assoluta giustizia, può essere permesso lo esigere dal reo convenuto la pruova della legittimità della posizione nella quale egli intenda di mantenersi, la legge civile non ha potuto imporgli una somigliante obbligazione, il cui risultamento sarebbe quello di conferire al giudice una specie di potere inquisitorio, e di porre in pericolo i diritti che fossero in realtà i meglio fondati, per l'impossibilità in cui troverebbesi il più sovente il convenuto di giustificare la sua resistenza alle pretensioni dell'attore. Quanto alla obbligazione imposta al convenuto di assodare l'esistenza dei fatti, che servano di base alle eccezioni per mezzo delle quali egli intenda di respingere la domanda diretta contro di lui, essa va giustificata mercè le seguenti considerazioni: Allorchè il convenuto, in vece di porre in contestazione il fondamento istesso della domanda, le opponga una eccezione propriamente detta, ei riconosce, almeno in un modo ipotetico, l'esistenza del diritto che forma l'oggetto della domanda; e la sua resistenza alla effettuazione, o all'esercizio di un diritto così riconosciuto, costituisce dal canto suo una pretensione di cui è tenuto a provare la legittimità. Weber ed Heffter, Bonnier, n. 29 e 10.

que un fatto negativo, allegato in appoggio di una dimanda o di una eccezione, dev'essere provato dall'attore, o rispettivamente dal convenuto, ancor quando non fosse di natura tale da potere essere stabilito per mezzo della giustificazione di un fatto affermativo contrario (1). Per tal guisa, l'attore nell'azione di dichiarazione d'assenza è obbligato a provare che il presunto assente non abbia dato sue notizie dopo della sua scomparsa; ed il successore irregolare, il quale domandi l'immissione in possesso di una successione, è obbligato a provare che niun parente legittimo siasi presentato per reclamarla (2). Similmente, colui che istituisca una dimanda di ripetizione dell'indebito, è tenuto a provare che egli niente doveva alla persona a cui abbia fatto questo pagamento. Similmente ancora, quegli che si prevalga di un dritto subordinato alla condizione sospensiva di un fatto negativo, è tenuto a provare l'esistenza di questo fatto (3). Del resto, risulta dalla natura stessa delle cose che il giudice non può, quando trattisi di un fatto negativo, esigere una pruova così rigorosa come quando trattisi di un fatto positivo.

La parte alla quale incumba il peso della prova, sia come attrice, sia come convenuta, deve stabilire ciascuno degli elementi o delle condizioni di fatto, di cui

(1) Tenevasi altra fiata assai generalmente per massima, che colui il quale alleghi un fatto negativo non sia tenuto a provarlo, eccetto se ne potesse essere indirettamente somministrata la prova per mezzo di quella di un fatto affermativo contrario. *Negativa non est probanda.* Questa opinione, che erasi stabilita per effetto di una fallace interpetrazione delle due leggi romane citate nel cominciamento della nota precedente, e che cercavasi di appoggiare sopra le disposizioni di differenti decreti, dev'essere rigettata per le considerazioni seguenti: 1. Si possono senza dubbio immaginare delle negazioni siffattamente indefinite od assolute, che la prova ne divenga impossibile. Ma è difficile il concepire come somiglianti negative possono formare l'oggetto di contestazioni giudiziarie; perciocchè i fatti ai quali rannodansi l'acquisto e l'estinzione dei diritti sono d'ordinario limitati e circoscritti da circostanze di tempo e di luogo, le quali permettano di farne la prova, anche quando sieno negativi. 2. La impossibilità, anche assoluta, in cui si trovasse l'attore di giustificare fatti negativi che servissero di base alla sua domanda, non può essere una ragione per discaricarlo dal peso della prova, per imporlo al convenuto. 3. In fine, esistono disposizioni legislative le quali impongono incontrastabilmente all'attore l'obbligazione di provare i fatti negativi su di cui la sua domanda sia fondata, benchè questi fatti non sieno di natura tale da risolversi facilmente in un'affermazione contraria. Confr. Weber ed Heffter. Toullier, VIII, n. 16 a 19. Bonnier, n. 31 a 36. Ric. rig., 21 novembre 1826, Sir., XXXVII, 1, 34. Vedi in senso contrario: Rauter, *Corso di procedura civile*, § 125.

(2) Confr. art. 121 e 122.

(3) L. 10, D. *de V. O.* (45, 1). Si troveranno altrove, altre applicazioni del principio stabilito nel testo.

il dritto o il beneficio legale, che essa intenda di far valere, supponga il concorso. Ma però l'obbligazione di provare non si estende, in generale, al di là. Adunque. la parte che vi si trovi sottoposta non è obbligata di provare la mancanza delle cause o delle circostanze, la cui esistenza avrebbe potuto formare ostacolo allo acquisto del dritto, o trarre seco la decadenza dal benefizio legale che ella invochi. Ella non è obbligata neppure di giustificare che questo dritto o questo benefizio non sia stato modificato o ristretto a vantaggio del suo avversario. Dalla combinazione di siffatte proposizioni derivano, tra le altre, le seguenti conseguenze:

1) L'attore che dimandi il pagamento d'una somma di danaro, in virtù di un biglietto, il quale non indichi la causa dell'obbligo contratto dal soscrittore; è tenuto a provare l'esistenza della causa che egli assegni a tale obbligazione (1).

2) Quegli che respinge un'azione o una eccezione di nullità, fondandosi sulla esecuzione data all'atto dall'altra parte, è obbligato di provare, non solo il fatto stesso di tale esecuzione, ma altresì che abbia avuto luogo con conoscenza di causa, e coll'intenzione di coprire il vizio dell'atto.

3) Quegli che invochi la prescrizione non è obbligato di provare che il corso non ne sia stato nè sospeso, nè interrotto.

4) Il proprietario che istituisca un'azione negatoria non deve fare altra pruova che quella del suo dritto di proprietà, e non è tenuto a giustificare che non competa alla sua parte avversa alcun diritto di servitù sulla cosa litigiosa (2). Egli è così, anche quando quest'ultima sia stata, nel possessorio mantenuta o reintegrata nell'esercizio della servitù che le venga negata (3).

3. Dei mezzi di pruova.

La pruova, riguardata sotto il rapporto dei mezzi impiegati per produrre il convincimento del giudice, è diretta o indiretta.

La pruova diretta è quella che tende a stabilire il fatto conteso tra le parti, in virtù di mezzi di convinzione che si desumano immediatamente dall'esperienza, o che si applichino appunto a questo fatto.

La pruova indiretta per contrario è quella che tende a stabilire il fatto conteso per mezzo solamente d'induzioni o di conseguenze, desunte da altri fatti riconosciuti tra le parti, o preliminarmente provati. Queste induzioni costituiscono quelle che chiamansi presunzioni di fatto o dell'uomo. Art. 1303.

I mezzi mercè dei quali si fa la pruova diretta sono: gli accessi e le visite locali; gli atti o i titoli *(hoc sensu: instrumenta)*: le deposizioni dei testimonii, e, in alcune circostanze, le relazioni o

(1) Vedi in senso contrario: Bonnier, n. 555 a 557.

(2) (Brusselles, 23 maggio 1840, *Giur. di B.* 1841).

(3) Vedi in senso contrario; Bonnier, n. 37.

parere dei periti (1).

Quanto al giuramento decisorio, esso non costituisce, propriamente parlando (2), un mezzo di pruova. È lo stesso della confessione nei casi in cui essa fa piena fede (3).

La pruova diretta è indistintamente ammessa, qualunque sia l'oggetto della contestazione e la natura dei fatti che trattisi di stabilire. Nondimeno, la legge non lascia sempre alle parti o al giudice la scelta dei mezzi col soccorso dei quali siffatta pruova possa essere somministrata. In effetti

(1) Il giudice essendo perito di diritto, non è, in generale, tenuto di ricorrere al mezzo della perizia, e quando egli l'ordini, o di ufficio, o a dimanda delle parti, questo provvedimento di istruzione dee piuttosto essere riguardato siccome il compimento della sua personale esperienza, che come un mezzo di prova. Ma altrimenti è nei casi eccezionali in cui il giudice sia legalmente tenuto ad ordinare una perizia.

(I giudici possono giudicare contrariamente al risultamento di una perizia, se essi abbiano, in virtù delle circostanze della causa, la convinzione che i periti abbiano dato un parere erroneo; e lo possono anche quando l'attore nella domanda di verificazione offra un ulteriore esame. —*E specialmente*: Se de' periti abbiano dichiarato essere di avviso che un testamento olografo fosse scritto e firmato dal preteso testatore, i giudici possono astenersi dal decidere conformemente a quest' avviso, se la loro convinzione vi sia contraria, e benchè il gratificato offra di provare di vantaggio la verità della scrittura mercè titoli di confronto da non potersi ricusare. Brusselles, 27 aprile 1826. *Giur. del XIX secolo*, 1827, 3, 10; Dalloz, XIV, 358).

(2) La maggior parte degli autori pongono il giuramento decisorio nel novero dei mezzi di prova. Questa maniera di vedere è evidentemente erronea. Autorizzando le parti a deferirsi rispettivamente un giuramento decisorio, la legge ha inteso di dar loro un mezzo da troncare a corto la contestazione, senza prova nè istruzione. Allorchè una delle parti usi di questo mezzo, si stabilisce tra loro una transazione condizionale in virtù della quale la parte che deferisca il giuramento rinunzia alle sue pretensioni nel caso in cui esso venisse prestato, e deve, nel caso contrario, ottenere l'aggiudicazione della sua domanda, senza essere obbligata di provarla. Confr. art. 1304, n. 4, 1306, comma 1, e 1315.

(3) È contrario alla logica il noverare la confessione fra' mezzi di prova. Di fatti, la confessione importando una presunzione legale della verità del fatto confessato, produce la conseguenza di dispensare da ogni prova colui che la invochi, e di torre al giudice il potere di esigerne una. Confr. art. 1304, num. 4 e 1306, comma 1. Egli è vero che, nel caso di negazione, sia di una confessione stragiudiziale, sia di una confessione giudiziale fatta nel corso di un'altra istanza, il giudice può o deve, secondo le circostanze ammetterne o ordinarne la prova: ma se la confessione diviene, in somigliante caso, l'oggetto di una prova, non è questa una ragione per considerare essa confessione come un semplice mezzo di prova. Del resto, allorchè la confessione non sia tale da far piena fede, e sia solamente invocata come elemento o cominciolo di prova, essa rientra nella classe dei semplici mezzi di prova.

vi ha dei casi in cui ella prescrive imperiosamente di adoperarsi un dato mezzo di pruova, per esempio, di adoperarsi la perizia, e dei casi in cui rigetta un altro determinato mezzo, per esempio, la pruova testimoniale.

La pruova indiretta non è ammessa che nelle circostanze indicate dalla legge. Art 1307.

4. Della pruova riguardata sotto il rapporto del convincimento del giudice.

La pruova, sia diretta, sia indiretta, è compiuta allorchè ne risulti un grado di certezza sufficiente per far ritenere come vero il fatto che ne formava l'oggetto. Nel caso contrario, essa è incompiuta. La quistione di sapersi se in un dato caso, la pruova somministrata da una delle parti sia o no compiuta, rimane, in generale, abbandonata alla estimazione dei tribunali. Nondimeno, per non lasciare quanto a ciò molta latitudine all' arbitrio del giudice, e nel fine di diminuire, per quanto sia possibile, le eventualità dell'errore, la legge ha determinato il grado di forza probante di alcuni mezzi di pruova. Le regole stabilite intorno a tale obietto sono obbligatorie pel giudice, il quale violerebbe la legge, o commetterebbe un eccesso di potere, ove se ne allontanasse.

Allorchè la pruova, che dovea essere addotta in appoggio d'una azione o di una eccezione, non sia stata somministrata in una maniera compiuta, il giudice deve rigettare la dimanda o l'eccezione. *Actore non probante, absolvitur reus.* Nondimeno il giudice può, per rendere compiuta una pruova insufficiente, deferire un giuramento suppletorio all'una o all'altra delle parti. Egli è egualmente autorizzato, nel caso preveduto dall' articolo 1323, a deferire all'attore il giuramento sul valore delle cose di cui sia chiesta la restituzione. Artic. 1320 e seguenti.

Il principio della non retroattività delle leggi si applica alle disposizioni legislative le quali abbiano per oggetto il regolare i differenti generi di pruova ammessi in giudizio, e il determinare il grado di fede che il giudice può o deve attribuirle. Così, allorchè una legge novella proscriva un mezzo di pruova di cui la legge antica autorizzava l'adoperamento per l'assicurazione di fatti d'una determinata natura, i fatti di questa specie, che siano avvenuti sotto l'impero della legge antica, sono, anche sotto la legge novella, suscettivi d'essere stabiliti mercè questo mezzo di pruova. Quindi ancora, se una legge novella modifichi le regole sulla forza probante di un dato genere di pruova, per esempio, di una determinata classe di atti, gli atti di siffatta specie avvenuti sotto l'impero della legge antica restano, quanto alla fede che loro è dovuta, sottoposti all'applicazione di questa legge (1).

(1) Colmar, 19 termidoro anno XII, Sir., VI, 2, 177. Ric. rig., 18 novembre 1806, Sir., XIII, 1, 44. Ric. rig., 23 marzo 1310, Sir., X,

673. a. ***Dei casi nei quali non vi ha luogo a pruova, e del giuramento decisorio.—1. Delle presunzioni legali in generale.***

673. a. Dei casi nei quali non vi ha luogo a pruova, e del giuramento decisorio.—1. Delle presunzioni legali in generale.

Le presunzioni legali sono conseguenze che la legge desume da un fatto noto ad un fatto ignoto. Art. 1303.

Le diverse presunzioni legali stabilite dal Codice essendo state indicate nelle materie cui esse si riferiscono, è inutile di farne qui l'enumerazione. Basterà il notare che l'enumerazione semplicemente enunciativa, che racchiude riguardo a ciò l'articolo 1304 (1), è lungi dall'essere compiuta (2).

Ogni presunzione legale produce lo effetto di dispensare colui che alleghi un fatto, reputato certo in virtù di una simile presunzione, dall' obbligo di provarlo. Articolo 1306, comma 1. Nondimeno, colui il quale invochi una presunzione legale è tenuto a provare la esistenza dei fatti che le servono di base (3).

Per regola generale, le presunzioni legali sono suscettive di essere combattute con la pruova contraria (4); ed allorchè sia così, esse costituiscono delle presun-

1, 362. Ric. rig., 24 agosto 1813, Sir., XIII, 1, 469. Civ. rig., 16 agosto 1831, Sir., XXXI, 404. Ric. rig., 23 maggio 1832, Sir., XXXII, 1, 600. (Brusselles, 29 marzo 1815, Brusselles, cass. 24 novembre 1818, *Pasicrisia belga*, sotto queste date).

(1) Le presunzioni legali, alle quali si riferiscono le disposizioni dei n. 1 e 2 dell'art. 1304, sono principalmente quelle che trovansi indicate, da un canto, negli art. 827 e 1053 del Codice civile, e 446 del Codice di commercio 437 LL. di eccez., e, dall'altro canto, negli art. 478, 574, 587, 591, 1236, 1237, 1394, comma 3, 1780 e 2125 del Codice civile.

(2) Vedi, per esempio: art. 1 190, 234, 236 e 237, 395, 641 a 643, 766 e 768, 834, 2136, 2137, 2140, e 2174.

(3) La parte alla quale si opponga una presunzione legale non dee, quando si limiti a negare i fatti su di cui essa presunzione sia fondata, addurre veruna prova in appoggio della sua negazione. E se la parte, la quale si prevalga della presunzione, offra di somministrare la prova di questi fatti, l'altra parte è sempre ammessa alla pruova contraria. A torto alcuni autori hanno considerata questa prova contraria siccome una prova indiretta che facciasi contro la presunzione istessa. Confr. Toullier, X, 57 a 59.

(4) Questo principio discende nettamente, per argomento *a contrario*, dalla disposizione del secondo comma dell' art. 1306, col quale il legislatore ha creduto di dover rigettare formalmente la prova contraria ne' due casi che vi sono indicati. Di fatti, questa disposizione non avrebbe alcun significato, ove, giusta la mente del legislatore, la prova contraria dovesse essere ammessa sol quando fosse stata per eccezione e specialmente riserbata. Egli è vero che il più sovente il legislatore ha avuto cura, nello stabilire una presunzione legale contro la quale egli intendeva di ammettere la prova contraria, di farne e-

zioni semplici, *praesumptiones iuris, vel iuris tantum*. La pruova contraria, di cui si è parlato, può farsi con tutti i mezzi di pruova che la legge autorizza. Adunque, essa può farsi principalmente colla pruova testimoniale (1), ed anche coll'aiuto di presunzioni dell'uomo, purchè questi mezzi di pruova sieno ammessibili secondo la natura dei fatti che trattisi di stabilire. Del resto, non è mai permesso di combattere una presunzione di legge mettendo in contestazione in un modo generale, e diversamente che mediante le circostanze particolari della causa, l'esattezza della conseguenza desunta dal legislatore dai fatti che servono di base a tale presunzione (2).

Per eccezione alla regola generale, secondo la quale le presunzioni legali sono suscettive di essere combattute mercè la pruova contraria, ve ne ha di quelle che escludono compiutamente siffatta pruova. Queste sono le presunzioni assolute (*praesumptiones iuris et de iure*).

Debbonsi considerare come presunzioni assolute quelle sul fondamento delle quali la legge annulla determinati atti (3), o ac-

spressamente la riserva; ma questa precanzione, che sembra abbia egli adoperata con lo scopo di prevenire ogni contestazione sul punto di sapersi se una data presunzione legale sia da considerarsi come compresa o no nella classe di quelle le quali, giusta la regola enunciata nel secondo comma dell'art. 1306, escludono la prova contraria, non può in verun modo fare ostacolo all'applicazione del principio che trovasi enunciato nel testo. In questo senso debbono essere intese le osservazioni presentate dal tribunato in occasione dell'art. 2140. Confr. Locrè, *Legisl.*, t. XVI, n. 3. *Rapporto al tribunato*, di Jaubert (Locrè, *Legisl.*, t. XII, n. 32. Toullier, X, 48), Duranton. XIII, 412 e seg.

(1) Confr. nondimeno quanto alla prova testimoniale: Nimes, 22 maggio 1819, Sir., XX, 2, 33. Toullier (X, 63) insegna per contrario che le presunzioni legali non possono giammai essere combattute da presunzioni dell'uomo. Ma tutta l'argomentazione di questo autore ci sembra che sia fondata sulla confusione che ha fatto tra la quistione di sapersi, se una presunzione legale possa essere eliminata dal giudice sotto il pretesto che il legislatore avesse tratta dal fatto, che le serve di base, una induzione contraria sia a' dati della esperienza, sia alle regole della logica, con la quistione di sapersi se il fatto contrario ad una somigliante presunzione non possa essere stabilito se non mercè una prova diretta, o se per contrario lo possa essere ugualmente mercè una prova indiretta. Questa confusione è tanto più sorprendente, in quantochè il passo di Voet, citato da Toullier in appoggio della sua opinione, indica nettamente la differenza che passa tra queste due quistioni.

(2) Il giudice che facesse astrazione da una presunzione legale, sol perchè la considerasse come erronea in sè medesima ed indipendentemente da ogni prova contraria, sia diretta, sia indiretta, correggerebbe la legge, ed usurperebbe le funzioni legislative.

(3) Questo è ciò che ha luogo per le presunzioni d'interposizione di persona stabilite dagli artic. 827 e 1053. Vedi altresì: art. 395; Codice di commercio, art. 437 LL. di eccez.

corda un'eccezione perentoria contro un'azione (1), allorchè in queste ipotesi, ella non abbia formalmente riservata la pruova contraria (2). Art. 1306.

Del resto, per quanto sia assoluta una presunzione legale, essa non forma ostacolo all'efficacia della confusione del fatto contrario, nè alla delazione di un giuramento decisorio sopra tal fatto, qualora si tratti di presunzioni le quali sieno esclusivamente stabilite in un interesse privato, e non riguardino materie nelle quali la confessione e 'l giuramento sono inammessibili (3). Art. 1306. Quindi per esempio, la presunzione di liberazione, risultante dalla consegna volontaria dell'atto originale della scrittura privata comprovante l'esistenza di un debito, non impedisce che il creditore deferisca al debitore il giuramento decisorio sul punto di sapere se questa consegna sia stata realmente fatta con lo scopo di liberarlo (4).

(1) In tal guisa conviene intendere le espressioni dell'art. 1306: « o niega l'azione in giudizio ». Secondo la mente del legislatore, reputasi denegata l'azione, sempreché essa possa essere respinta per mezzo di una eccezione perentoria: il che ha luogo soprattutto in materia di prescrizione, e nel caso di presunzioni di liberazione stabilite dagli art. 1236 e 1237.

(2) L'artic. 1237 somministra un esempio di una somigliante riserva applicata ad una presunzione legale, sul fondamento della quale la legge accorda un'eccezione perentoria. Ma non trovasi nel Codice verun esempio di una somigliante riserva, per quanto concerne le presunzioni, sul fondamento delle quali esso annulla alcuni atti. Duranton, XIII, 413. Bonnier, n. 667.

(3) Le espressioni finali dell' art. 1306: « e salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale » hanno dato luogo a vive dispute; e le interpetrazioni, cui gli autori hanno dato di questo passo, non ci sembrano compiutamente soddisfacenti. Confr. Duranton, XIII, 414 e 415; Bonnier, n. 668. La spiegazione, alla quale noi ci siamo arrestati, è ad un tempo stesso e conforme al testo della legge e ragionevole nelle applicazioni a cui essa mena. Di fatti, da un canto, è cosa evidente, giusta la costruzione gramaticale dell'art. 1306, che le espressioni qui sopra rammentate vi sono state inscritte per indicare, che la confessione ed il giuramento potrebbero, almeno in date circostanze, somministrare un mezzo eccezionale da combattere anche le presunzioni legali che non ammettano la pruova contraria. Da un altro canto, il giuramento e la confessione non sono mezzi di prova propriamente detti, e siccome l'uno e l'altra lasciano, in ultima analisi, la decisione della contestazione alla coscienza della parte in favore della quale militi la presunzione legale, così non havvi alcuna ragione da rigettarli, almeno quando trattisi di una presunzione esclusivamente stabilita nell'interesse privato di questa parte.

(4) *Quid* delle presunzioni d'interposizione stabilite dagli art. 827 o 1054? Siffatta quistione deve, a parer nostro, essere risoluta mercè una distinzione tra 'l caso in cui una liberalità venga impugnata dal disponente medesimo, e il caso in cui essa lo sia dagli eredi di lui. Nel primo caso, la persona reputata interposta, contro la quale l'azione di

Tra le presunzioni semplici e le presunzioni assolute vanno collocate alcune presunzioni di una specie intermedia, in quantochè la legge, senza rigettar la pruova contraria in un modo assoluto, non l' ammette però che in alcuni casi specialmente determinati, ovvero non permette di farla che coi mezzi particolari di pruova che ella indica. Per tal guisa, la presunzione di filiazione legittima risultante dalla massima: *Pater is est quem nuptiae demonstrant*, non può essere combattuta che nelle ipotesi prevedute dagli art. 234 e 235; e la presunzione di proprietà, che milita in favore del possessore di un immobile corporale, non può essere distrutta dalla pruova contraria, se non che nel caso di perdita o di furto. Per tal modo ancora, per distruggere le presunzioni di comunione stabilite dagli art. 574, 587 e 591, non si può far uso che della pruova letterale, dei segni di non comunione, o della prescrizione (1).

674 2. *Della confessione.—1. Nozione della confessione.—2. Delle differenti specie di confessioni.—3. Della capacità in materia di confessione.—4. Della ritrattazione e della forza probante della confessione.— 1) Della confessione giudiziale. — 2) Della confessione stragiudiziale.*

674 2. Della confessione. — 1. Nozione della confessione.

La confessione *(hoc sensu)* è la dichiarazione con la quale una persona riconosca per vero, e come dovente essere ritenuto per verificato riguardo a lei, un fatto di natura tale da produrre contro di essa delle conseguenze giuridiche (2).

Da questa definizione risulta, che tutte le specie di dichiara-

nullità sia diretta, dev' essere ammessa a deferire al donante il giuramento decisorio, o a farlo interrogare sul punto di sapersi, se, nella realità, la disposizione non sia stata fatta nel suo personale vantaggio, perciocchè una somigliante contestazione, nella quale non vi sono impegnati che gli interessi pecuniari e privati del donante e del donatario, non tocca in alcuna maniera l' ordine pubblico. Nel secondo caso, la delazione del giuramento e l' interrogatorio sopra fatti e circostanze dovrebbero, a parere nostro, essere rigettati, perchè gli eredi del disponente non sono punto, in quanto essi attacchino le liberalità fraudolenti fatte dal loro autore, i rappresentanti di quest'ultimo, e perchè i fatti sui quali dovrebbe versare il giuramento o l' interrogatorio non sono loro personali. D'altronde, sarebbe difficile il separare gl' interessi privati degli eredi, i quali sono, in somigliante caso, veri terzi, dall' interesse generale. Confr. Duranton, XIII, 415; Bonnier, n. 668.

(1) Confr. Angers, 6 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 244.

(2) Confr. Weber, p. 41. Le definizioni, che la maggior parte degli autori francesi danno della confessione, sono incompiute, e non fanno conoscere i caratteri che la distinguono dalle altre dichiarazioni.

zioni, fatte da una persona relativamente ai suoi affari, non costituiscono delle confessioni; e che non debbonsi considerare come tali, se non le dichiarazioni fatte seriamente, e coll'idea che colui, a vantaggio del quale abbiano avuto luogo, si troverà, invocandole, dispensato dal provare i fatti che ne formino l'oggetto. Così, le allegazioni fatte da una parte in appoggio de' mezzi, sui quali essa fondi la sua dimanda o la sua difesa, non sono da considerarsi come confessioni. Sarebbe lo stesso anche quando queste allegazioni si trovassero consegnate in un interrogatorio sopra fatti e circostanze, e fossero state ripetute all'udienza (1).

Risulta eziandio dalla definizione data di sopra, che la dichiarazione fatta da una parte, relativamente ad un punto di dritto, la cui soluzione sia necessaria alla decisione della causa, non è una confessione. Così, non può ravvisarsi una confessione nella dichiarazione con cui una delle parti litiganti riconosca che la contestazione debba essere decisa secondo le disposizioni di una legge straniera (2).

Risulta in fine da tale definizione, che il semplice difetto di negazione, dal canto di una delle parti, d'un fatto allegato dall'altra, non equivale, in generale, ad una confessione (3). Nondimeno, altrimenti è quando una parte legalmente interpellata a spiegarsi intorno ad un fatto, abbia omesso o ricusato di farlo (4).

2. Delle differenti specie di confessioni.

La confessione è giudiziale o stragiudiziale. Art. 1308.

La confessione giudiziale è quella che vien fatta in giudizio dalla parte stessa, o dal suo mandatario fornito di speciali poteri, e principalmente dagli uffiziali ministeriali che la rappresentino o che agiscano a sua istanza. Art. 1310. Debbonsi considerare come fatte in giudizio le sole confessioni che abbiano avuto luogo in pendenza della istanza nel corso della quale esse vengano invocate, e che sieno state consegnate in atti di procedura; ovvero profferite, sia all'udienza, sia nel tempo di un interrogatorio sopra fatti e circostanze.

(1) Ric. rig., 3 giugno 1829, Sir., XXIX. 1, 225. Ric. rig., 25 febbraro 1836, Sir., XXXVI. 1, 603.

(2) Ric. rig., 8 agosto 1808, Sir., VIII, 1, 505.

(3) Rauter, *Corso di procedura civile*, § 221. Toullier, X, 299. Limoges, 22 gennaro 1836, Sirey, XXXVI. 2, 132.

(4) Confr. Codice di procedura, art. 347 e 424 LL. di pr. civ. Le disposizioni di quest'ultimo articolo si applicano ugualmente al caso in cui, essendo stata ordinata la comparsa delle parti in persona, una di esse ricusi di presentarsi, ed al caso in cui una parte, che trovisi all'udienza, ricusi di rispondere alle interpellazioni le quali le sieno dirette dal giudice. Ma non debbono essere estese all'ipotesi in cui o l'avvocato o il patrocinatore di una delle parti, interpellato su di un fatto in assenza del suo cliente, dichiarasse di non potersi spiegare intorno a questo fatto.

Risulta da ciò, che la confessione fatta in un'istanza diversa da quella, nel tempo della quale altri se ne voglia prevalere, non costituisce una confessione giudiziale (1). Ne risulta ancora, che il carattere di confessione giudiziale non può essere attribuito, nè ad enunciazioni contenute in una lettera missiva indiretta, anche durante l'istanza, dall'una delle parti all'altra, nè a dichiarazioni inserite in una dimanda presentata all'autorità amministrativa, all'occasione di una lite impegnatasi dinanzi alla giurisdizione civile (2).

Ma deesi assomigliare ad una confessione giudiziaria propriamente detta, la confessione fatta presso l'uffizio di conciliazione(3).

La confessione scritta, fatta dapprima stragiudizialmente, continua, benchè poscia ripetuta in giudizio, a sussistere come confessione stragiudiziale. In tal caso, esistono due confessioni, l'una stragiudiziale e l'altra giudiziale; e ciascuna di esse è retta dalle regole a lei proprie (4).

(1) Merlin, *Quest.*, v. Confessione, § 1. Confr. Ric. rig., 4 agosto 1840, Sir., XL, 1, 903.

(2) Ric. rig., 7 novembre 1827, Sir., XXVIII, 1, 425. Ric. rig., 9 gennaro 1839, Sir., XXXIX, 1, 22.

(3) Benchè il preliminare della conciliazione non costituisca un'istanza, nondimeno non havvi alcun motivo a distinguere, quanto agli effetti che la legge attribuisce alla confessione giudiziale, tra la confessione fatta nel corso di una istanza e la confessione che abbia luogo presso la giustizia di pace. L'art. 54 del Codice di procedura 36 a 39 LL. di proc. civ. viene ugualmente in appoggio di questa maniera di vedere. Delvincourt, II, 628. Toullier, X, 271. Duranton, XIII, 561. Parigi, 31 gennaro 1807, Sir., VII, 2, 799. Torino, 6 dicembre 1808, Sir., XIV, 2, 113. Vedi in senso contrario: Carrè, *Leggi della procedura civile*, 1, 229.

(La confessione fatta dal convenuto presso l'uffizio di conciliazione, e riportata nel processo verbale, non è obbligatoria, se l'autore non ne abbia chiesto atto, e se il convenuto siasi ricusato di soscrivere il processo verbale di non seguita conciliazione. Brusselles, cass. 11 febbraro 1820, *Giur. di B.* 1829, 1, 18, Dalloz, VI, 337, e XXI, 258).

(4) Merlin, (*Quest.*, v. Confessione, § 4, n. 1) insegna per contrario, e la Corte di cassazione ha giudicato (civ. cass., 30 aprile 1821, Sir., XXII, 1, 54), che la confessione stragiudiziale scritta divenga, per la sua reiterazione in giudizio, una confessione giudiziale, e non possa più, come tale, essere divisa. Noi crediamo che sia mestieri distinguere: Se la parte interessata si prevalga della confessione giudiziale affine di poter invocare il secondo comma dell'art. 1310, giusta il quale una somigliante confessione fa piena fede, ella è ugualmente tenuta a sottoporsi all'applicazione del terzo comma dello stesso articolo, il quale consacra l'indivisibilità di questa confessione. Se per contrario la parte interessata si limiti a prevalersi della confessione stragiudiziale, la quale, secondochè lo fermeremo, non è necessariamente indivisibile, non si concepisce in quale guisa fosse possibile di qualificarla, siccome tale, indivisibile. Non potrebbesi ciò fare, se non che disnaturando il carattere della confessione, tale quale essa sia invocata, o privando la parte, che se ne preval-

3. Della capacità in materia di confessione.

Sebbene la confessione non ingeneri da per sè stessa alcuna obbligazione, essa nondimeno ha per risultamento il rendere deteriore la condizione della persona da cui proceda, in quantochè questa persona rinunzia al vantaggio della sua posizione di rea convenuta, relativamente alla pruova del fatto confessato, e si sottopone così alla necessità di dimostrare la falsità di questo fatto, allorchè voglia sottrarsi alle conseguenze della sua confessione. Questa considerazione mena a riconoscere, come principio, che le persone le quali sieno incapaci di disporre dell'oggetto formante la materia di una contestazione non possono neppur fare, relativamente a tale oggetto, alcuna confessione che le lighi (1). Da siffatto principio discendono le conseguenze seguenti:

1) La confessione fatta da un minore, o da una donna maritata non autorizzata, non può esser loro opposta. Ma la moglie autorizzata a stare in giudizio deve per questa medesima ragione esser riguardata come autorizzata a rispondere alle dimande, che le sieno dirette in un interrogatorio sopra fatti e circostanze, o nel tempo d'una comparsa delle parti in persona; e la confessione che ella faccia in simile circostanza è valida (2).

2) I mandatari non possono far confessioni a danno de' loro mandanti, se non in virtù di un potere speciale. Artic. 1310, comma 1.

Questa proposizione si applica non solo a' mandatarii convenzionali, ma altresì ai mandatarii legali incaricati dell'amministrazione dell' altrui patrimonio. Nondimeno, i mandatarii legali i quali, come i tutori o gli amministratori di un comune o di un pubblico stabilimento, sono incaricati di rappresentare in giudizio le persone i cui interessi sieno loro affidati, sono, per la forza stessa delle cose, autorizzati a rispondere alle interpellazioni che fossero loro indiritte dal giudice: e le confessioni che facessero alla occasione di un interrogatorio sopra fatti e circostanze, o di una comparsa all'udienza, avrebbero, riguardo a coloro, cui essi rappresentino, la stessa efficacia che se fossero procedute da persone capaci di disporre (3).

ga, della facoltà d' invocarla tale quale nd essa aveva acquistato diritto. Orléans, 7 maggio 1818, Sir., XX, 1, 232.

(1) Pothier, *delle Obbligazioni*, II, 887. Duranton, XIII, 542.

(2) Civ. rig., 22 aprile 1828, Sir., XXVIII, 1, 208. La confessione giudiziale, fatta senza autorizzazione speciale da una donna maritata, non potrebbe esserle opposta, se questa confessione avesse avuto luogo in un modo spontaneo e senza essere stata provocata da una interpellazione del giudice, nel tempo di un interrogatorio sopra fatti e circostanze o di una comparsa delle parti in persona.

(3) Art. 2181, Codice di procedura, art. 430 LL. di pr. civ., ed arg. da questi articoli. Sarebbe cosa ingiusta che un litigante venisse pri-

La proposizione enunciata nel cominciamento di questo numero si applica eziandio agli uffiziali ministeriali incaricati, sia di rappresentare le parti in giudizio, sia di fare in lor nome significazioni giudiziali o stragiudiziali, vale a dire, ai patrocinatori ed agli uscieri, con questa limitazione nondimeno, che le confessioni che essi facessero senza uno speciale potere non potrebbero essere respinte dalla parte a cui esse pregiudichino, se non che per mezzo di una disapprovazione proposta nelle forme specialmente prescritte riguardo a ciò(1).

Le confessioni fatte da un avvocato, che arringasse coll' assistenza d' un patrocinatore, sono reputate fatte da quest' ultimo, quando egli non le abbia ritrattate; e la parte, a nome di cui abbiano avuto luogo, non è ammessa a respingerle, se non che mediante una disapprovazione diretta contro il suo patrocinatore (2).

4. Della ritrattazione e della forza probante della confessione. — 1) Della confessione giudiziale.

L'efficacia della confessione giudiziale è indipendente dall'accettazione di colui a vantaggio del quale sia stata fatta. È lo stesso non solo della confessione che fosse stata provocata da una interpellazione del giudice, sia all' udienza, sia in un interrogatorio sopra fatti e circostanze: ma ancora di quella che fosse stata fatta spontaneamente, sia negli atti del processo, sia nel tempo delle arringhe. Nondimeno, per evitare ogni discussione sull' esistenza o sul tenore della confessione puramente verbale, è prudente cosa il domandarne atto al giudice dinanzi al quale essa confessione abbia avuto luogo.

Adunque, la confessione giudiziale non può essere ritrattata per la sola ragione che non sia stata ancora accettata (3). Essa non può

vato della facoltà di far interpellare il suo avversario in giudizio, a cagione della circostanza che quest'ultimo fosse un minore o una persona morale. D'altronde, gl' interessi di siffatte persone trovansi a sufficienza protetti contro le confessioni imprudenti che facessero i loro rappresentanti, dalla disposizione dell'art. 545 del Codice di procedura. Duranton, XIII, 548.

(1) Confr. Codice di procedura, art. 444 a 454.

(2) Toullier, X, 298. Bonnier, n. 246. Ric. rig., 16 marzo 1814, Sir., XIV, 1, 296. Confr. Ric. rig., 9 aprile 1838, Sir., XXXVIII, 1, 42.

(3) Weber, p. 62. Solon, *Addizioni al saggio sulle prove di Gabriel*, § 128. Nella pratica ammettesi assai generalmente l' opinione contraria, riconoscendo nondimeno che le confessioni fatte in un interrogatorio sopra fatti e circostanze, o nel tempo di una comparsa delle parti di persona, debbano, per loro natura, presumersi accettate. Conf. Merlin, *Rep.*, v. Prova, sez. II, § 1, n. 6; Toullier, X, 285 a 292; Bonnier, n. 249. Questa opinione ci sembra sfornita di ogni fondamento. La confessione è essenzialmente un atto unilaterale, il quale trae tutta la sua efficacia dalla presunzione di verità, annessa ad ogni dichiarazione che sia tale da produrre conseguenze svantaggiose a colui che la faccia; e non si concepisce qual forza l'ac-

esserlo, se non quando sia il risultamento di un errore di fatto, vale a dire, quando la persona da cui proceda abbia per errore riconosciuta l'esistenza di un fatto, che in realtà non esisteva. Dippiù: la ritrattazione della confessione non è, in simil caso, ammessa se non a condizione che l'autore della confessione provi l'errore di fatto ch'egli alleghi (1). L'errore di dritto non potrebbe giammai autorizzare la ritrattazione di una confessione. Art. 1310, comma 4.

La confessione giudiziale deve, giusta la sua stessa natura, e giusta le circostanze in cui ha luogo, essere considerata di riunire in sè tutte le condizioni che sono state indicate nel numero 1. del presente paragrafo.

Laonde, la confessione giudiziale fa contro la persona da cui proceda, piena fede del fatto che ne formi l'oggetto. Art. 1310, comma 2.

Quinci risulta, da un canto, che quegli il quale si prevalga di una confessione, è dispensato dal presentare la pruova del fatto confessato, e dall'altro canto, che il giudice è legalmente obbligato di ritener questo fatto per costante.

Il principio che la confessione giudiziale fa piena fede, riceve eccezione nei casi seguenti:

a. Allorchè la confessione sia di natura tale da produrre la perdita o la decadenza d'un dritto, al quale colui che fa la confessione non possa rinunziare, o sul quale gli sia vietato di transigere;

b. Allorchè la confessione versi sopra un fatto di cui la legge proibisce la ricognizione o la inda-

cettazione della confessione potrebbe aggiugnere a tale presunzione. Indarno si trae ragione dall'articolo 1164 del Codice civile, e dagli art. 496 e 497 LL. di pr. civ. Questi articoli che noi medesimi abbiamo citati altrove in appoggio del principio che la rinunzia ad un diritto, può, in generale, essere ritrattata, insino a che non sia stata accettata, sono senza applicazione alla quistione di che ci occupiamo. Di fatti, la confessione, in quanto essa non si consideri che come semplice riconoscimento di un fatto, non costituisce punto una rinunzia ad un diritto. Che se una dichiarazione fatta da una parte venisse invocata, non solamente come stabilente contro di lei la verità di un fatto che ne formi l'oggetto, ma come importante dal canto suo rinunzia ad un diritto o al beneficio di una eccezione, rientrerebbesi sotto l'applicazione del principio qui sopra rammentato; ed in questo senso appunto deesi spiegare la decisione della Corte di Colmar del 21 aprile 1828, Sir., XXVIII, 2, 265, la quale viene ordinariamente citata come quella che abbia formalmente consacrata l'opinione che noi combattiamo. Questa opinione del resto sembra che sia prevaluta unicamente per l'abitudine in cui sono i pratici di chiedere atto delle confessioni che essi stimino favorevoli agl'interessi dei loro clienti. Ma quest'uso dev'essere considerato come non avente altro scopo, che quello di far costare in un modo regolare l'esistenza della confessione ed i termini nei quali essa abbia avuto luogo.

(1) Confr. Torino, 6 dicembre 1808, Sir., XIV, 2, 113; Ric. rig., 15 febbraro 1836, Sir., XXXVI, 1, 219.

gine (1).

c. Allorchè, per motivi particolari, e principalmente in considerazione dell'interesse de' terzi, la legge dichiara la confessione inefficace (2).

Nell'applicazione del principio che la confessione giudiziale fa piena fede, uopo è distinguere la confessione pura e semplice, la confessione qualificata, e la confessione complessa.

La confessione pura e semplice è quella che racchiude, senza modificazioni nè aggiunzioni, la ricognizione del fatto allegato da una delle parti in appoggio della sua dimanda o della sua eccezione.

La confessione è qualificata, allochè la ricognizione di questo fatto non abbia luogo che sotto talune modifiche, le quali ne alterino l'essenza o la natura giuridica.

La confessione è complessa, quando colui da cui essa proceda, non ostante che riconosca senza modificazioni il fatto allegato dall'altra parte, articoli nello stesso tempo un altro fatto, il cui risultamento sarebbe quello di creare un'eccezione a suo vantaggio.

Nel caso in cui la confessione sia pura e semplice, l'applicazione del principio stabilito di sopra non può dar luogo ad alcuna difficoltà. Altrimenti è quando la confessione sia qualificata o complessa. In questi due casi, si presenta la quistione di sapersi se la parte, la quale intenda di prevalersi di una confessione, sia autorizzata ad invocare come costante il fatto principale che ne formi la materia, non ostante che ella rigetti le dichiarazioni accessorie le quali modifichino o accompagnino siffatta confessione. Per la soluzione di tale quistione, è mestieri attenersi alle regole seguenti:

La confessione qualificata è indivisibile. In conseguenza, la parte che l'invochi non può servirsi di ciò che sia di suo vantaggio, e rigettare ciò che le sia contrario. Così, allorchè un debitore citato pel pagamento di una somma, che l'attore pretenda avergli consegnata a titolo di prestito, confessi che effettivamente tale somma gli sia stata numerata, ma dichiari nel tempo stesso che gliene sia stato abbandonato il capitale mediante una rendita vitalizia, di cui egli si riconosca gravato, questa confessione è indivisibile. È lo stesso, allorchè il portatore di un biglietto, non ostante che confessi non esser vera la causa enunciata in tale biglietto, attribuisca nello stesso tempo un'altra causa lecita al suo credito (3).

(1) Per tal guisa, la confessione giudiziale non può avere alcun effetto, allorchè essa versi sopra una paternità o sopra una maternità incestuosa o adulterina. Bonnier, n. 247. Ric. rig., 28 giugno 1815, Sir., XV, 1, 309.

(2) Vedi: Codice di procedura artic. 870 LL. di pr. civ. 948.

(3) Riom, 25 luglio 1827, Sirey, XXX, 2, 12. Civ. cass., 28 aprile 1807, Sir., VII, 2, 810. L'indivisi-

La confessione complessa è ugualmente indivisibile, sempreché la dichiarazione accessoria che racchiuda, rannodandosi al fatto principale di cui essa suppone l'esistenza, come una conseguenza ordinaria o accidentale di tal fatto, abbia per effetto il restringere o lo estendere le conseguenze giuridiche che ne derivano. Così, allorchè una persona citata pel pagamento di un debito, ne confessi l'esistenza, ma in pari tempo alleghi che ella ne abbia soddisfatto l'ammontare, la sua confessione è indivisibile (1). Sarebbe lo stesso se, invece d'invocare la soddisfazione del debito, il convenuto sostenesse che l'attore gliene abbia fatta la remissione, o che sia stato trasformato in un nuovo debito per via di novazione (2).

Per contrario, quando la dichia-

bilità della confessione, quando trattisi di una confessione qualificata, è fondata sulla natura istessa delle cose, e non potrebbe per conseguenza essere messa in contestazione, neppure sotto il punto di vista della teorica. Di fatti, sol perchè una delle parti non confessi il fatto allegato dall'altra, tale quale sia tenuta a provarlo onde giustificare la sua domanda, quest'ultima non può attingere da siffatta confessione alcun motivo che la dispensi dal peso della prova. Per tal guisa, nei due esempi citati nel testo, l'attore nell'azione di pagamento di un prestito, o nell'azione di nullità di un biglietto per mancanza di causa, essendo tenuto a provare l'esistenza del prestito o la mancanza della causa, non può prevalersi di dichiarazioni, le quali, lungi dal riconoscere l'esistenza di questi fatti, tendano per contrario a negarli. Vedi ancora altri esempi relativi alla indivisibilità della confessione qualificata, nelle specie giudicate dai seguenti arresti: Civ. cass., 3 dicembre 1817, Sir., XVIII, 1, 175; Civ. cass., 30 agosto 1821, Sir., XXII, 1, 51; Civ. cass., 4 dicembre 1827. Sir., XXVIII, 1, 42. Ric. rig., 10 gennaro 1832, Sir., XXXII, 1, 90.

(1) È cosa più difficile il giustificare, in pura teorica, l'indivisibilità della confessione complessa, che non l'indivisibilità della confessione qualificata. E di fatti, questa indivisibilità è stata rigettata da gravi autori. Confr. Veber, p. 220 e seg. Ma il principio della indivisibilità è stato sempre applicato in Francia, non solamente alla confessione qualificata, ma ancora alla confessione complessa, almeno nella ipotesi indicata nel testo. Confr. Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 833; Merlin, *Quest*, v. Confessione, § 2, n. 2. Ed evidentemente nel senso dell'antica giurisprudenza i compilatori del Codice hanno inteso di stabilire questo principio, secondochè ciò risulta d'altronde dagli art. 1284 e 1796. Confr. *Rapporto fatto al tribunato* da Jaubert (Locré, *Legisl.*, t. XII, n. 36). Siffatta dottrina va giustificata sotto il punto di veduta pratico, mercè la considerazione che il debitore non può avere alcun motivo per esigere una quietanza, quando il debito che egli paga non sia ancor esso comprovato per iscritto. Delvincourt, II, 629. Toullier, X, 339. Duranton, XIII, 555. Bonnier, n. 250. Ric. rig., 6 novembre 1838, Sir., XXXVIII, 1, 892.

(2) Non havvi alcun ragionevole motivo da distinguere fra queste due ipotesi e la precedente. È stato ugualmente giudicato che quando la entrata e l'uscita di un conto sieno stabilite solamente sulla confessione

razione accessoria, racchiusa in una confessione complessa, versi sopra un fatto del tutto distinto dal fatto principale, di cui esso non supponga necessariamente la esistenza, niente si oppone alla divisione di una simile confessione. Per tal guisa, la confessione con cui una persona riconoscesse l'esistenza di un debito, aggiungendo di trovarsi questo compensato con un credito risultante a suo vantaggio da un fatto anteriore o posteriore a quello che abbia dato vita alla sua obbligazione, è suscettiva di essere divisa (1).

Del resto, il principio dell'indivisibilità della confessione non si applica al complesso delle risposte contenute in un interrogatorio sopra fatti e circostanze. Queste risposte possono essere separate le une dalle altre, e valutate isolatamente, purchè non si scinda ciascuna risposta presa in sè medesima (2).

È lo stesso, a maggior ragione, delle confessioni fatte da una parte in una contestazione che

del mandatario, i giudici non possano scindere questa confessione per rigettare alcuni articoli del conto ed ammettere gli altri. Ric. rig., 8 giugno 1813, Sir, XLII, 1, 844. Gli stessi motivi debbono far decidere che la confessione è indivisibile, quando versi sopra una convenzione la quale non sia provata, e quegli che ne riconosca l'esistenza alleghi in pari tempo che sia stata dappoi risoluta di comune accordo. Vedi nondimeno in senso contrario: Ric. rig., 6 febbraro 1838, Sir., XXXVIII, 1, 108. La dottrina stabilita nelle considerazioni di tale arresto è troppo assoluta, perchè menerebbe forzosamente ad ammettere la divisibilità della confessione nel caso in cui il debitore avesse, riconoscendo il debito, allegato che esso si trovi estinto, sia per remissione, sia per novazione, ed altresì nel caso in cui egli si fosse limitato a pretendere che mediante una nuova convenzione, il creditore gli abbia accordate delle dilazioni. Per altro, questo arresto è stato pronunziato in circostanze tutte speciali, giusta le quali la prova testimoniale e le semplici presunzioni potevano essere ammesse per far rigettare la seconda parte della confessione.

(1) L. 23, § 2, *D. Depos.* (16, 3). Toullier, X, 339. Bonnier, n. 250. Douai, 13 maggio 1836, Sir., XXXVI, 2, 450. Vedi in senso contrario: Merlin, *Quest.* v. Confessione, § 2. Si comprende la grandissima differenza che passa tra questa ipotesi e quella di cui si è parlato nelle due precedenti note. Sarebbe uno scindere la confessione il separare la dichiarazione del pagamento dalla ricognizione del debito; perciocchè trattasi in somigliante caso di due fatti tra' quali esiste un' intima connessità. Ma quando il debitore, riconoscendo un debito, aggiunga a questa confessione l'allegazione di un credito, non è più uno scindere la confessione il fare astrazione da tale allegazione, perchè trattasi allora di due fatti i quali non hanno tra loro alcun necessario legame.

(2) Merlin, *Rep.* v. Cosa giudicata, § 15. Toullier e Bonnier, *luoghi cit.* Carrè, *Leggi della procedura civile*, I, 1262. Boncenne, *Teoria della procedura civile*, IV, 351 e 353 n. 290. Ric. rig., 30 aprile 1807, Sir., VII, 2, 799. Ric. rig. 6 aprile 1836, Sir., XXXVI, 1, 747. Ric. rig. 19 giugno 1839, Sir., XXXIX, 1, 462. Caen, 25 aprile 1842, Sir., XLII, 2, 374.

versi sopra più capi distinti. Siffatte confessioni sono suscettive di essere ammesse per qualcuno di tali capi, e rigettate per gli altri (1).

Il senso del principio dell' indivisibilità della confessione è questo: La parte, la quale intenda di prevalersi d' una confessione indivisibile, non può invocare come costante il fatto principale che ne forma l'oggetto, e rigettare puramente e semplicemente, come non provate, le dichiarazioni accessorie tendenti a neutralizzare o a modificare a vantaggio della parte avversa le conseguenze giuridiche del fatto principale riconosciuto da quest'ultima. Ma un tal principio non è per nulla di ostacolo che colui, il quale si prevalga di una confessione indivisibile, sia ammesso a combattere le dichiarazioni accessorie che ne formino parte, col soccorso d'una presunzione legale o di una pruova contraria (2). Questa pruova può farsi per testimoni, o per mezzo di semplici presunzioni, se il fatto principale sia anch' esso suscettivo di essere provato in tal modo (3). Nel caso contrario, la

(1) Ric. rig., 14 gennaro 1824, Sir., XXV, 1, 118. Vedi altresì le autorità citate nella nota precedente.

(2) Il principio della indivisibilità della confessione ha per unico oggetto l' impedire che si possa invertire la posizione delle parti, per quanto concerne il peso della pruova. Del pari che la parte, in pro della quale il fatto principale sia stato riconosciuto, si trova esentata dall'obbligo di provarlo; così eziandio la parte, la quale abbia fatta la confessione, dev' essere dispensata dal provare le dichiarazioni accessorie che tale confessione contenga; perciocchè altrimenti, ella sarebbe privata del vantaggio che davale la sua opposizione di difenditrice contro la domanda o contro l' eccezione. Ma darebbesi al principio di cui si tratta una estensione contraria alla ragione, se s' interdicesse a colui che si prevalga di una confessione indivisibile, la facoltà di provare la falsità delle dichiarazioni accessorie che gli fossero contrarie. Siccome la confessione non costituisce una presunzione assoluta, e colui che l'abbia fatta conserva la facoltà di ritrattarla, provando che per errore abbia riconosciuto un fatto contrario alla verità, non sa vedersi perchè il suo avversario non sarebbe ammesso a stabilire la falsità dei fatti accessorî aggiunti alla confessione. La dottrina enunciata nel testo è stata adottata, per quanto concerne l' ammessione della prova contraria, dagli arresti che saranno citati altrove, ugualmente che da un arresto della Corte di Bourges, del 4 giugno 1825 (Sir., XXXVI, 2, 159). Essa è stata consacrata, per quanto concerne l'ammessione delle presunzioni legali, da un arresto della Corte di cassazione (ric. rig 16 novembre 1842, Sir., XLIII, 1, 204), il quale decide che quando una parte, alla quale si opponga l'usucapione, convenga del fatto materiale del possesso di trent'anni del suo avversario, ma sostenga che questo possesso non abbia avuto luogo salvochè a titolo precario, il giudice possa, in virtù dell'art. 2136, ammettere il fatto del possesso come costante, e rigettare l'allegazione della precarietà.

(3) Questo è quanto avrebbe luogo, per esempio, nel caso in cui la contestazione versasse sulla restituzione di un deposito necessario, e il depositario, riconoscendo il fatto

pruova testimoniale e le semplici presunzioni non sono, in generale, ammessibili (1).

Del resto, è ben evidente che il principio dell'indivisibilità della confessione non si applica che al caso in cui il fatto riconosciuto si trovi stabilito per mezzo della sola confessione (2).

2) Della confessione stragiudiziale.

Le regole testè sviluppate sulla ritrattazione e sulla forza probante della confessione giudiziaria, essendo attinte dalla natura stessa delle cose, sono, sotto il punto di vista della ragione, comuni alla confessione stragiudiziale, supponendo per altro che essa in sè riunisca le condizioni che sono dell'essenza della confessione. Ma siccome, a differenza della confessione giudiziale, le confessioni stragiudiziali fatte in circostanze meno solenni non offrono, di per sè medesime, garentie sufficienti dell'esistenza di tali condizioni, il legislatore ha dovuto riportarsene ai tribunali per l'estimazione della forza probante di queste confessioni (3).

Segue da ciò, che il giudice può ammettere la ritrattazione di una confessione stragiudiziale, senza che la parte da cui proceda abbia provato che essa sia il risultamento di un errore di fatto. Segue ancora da ciò, che se il giudice è autorizzato a ritener per costante un fatto confessato stragiudizialmente, gli è altresì permesso di rigettare tal fatto come non giustificato sufficientemente. Ne risulta infine che il giudice è libero, in materia di confessione stragiudiziale, di uniformarsi al principio della indivisibilità della confessione, ovvero di allontanarsene. Quale che sia la sua decisione sopra questi differenti punti, essa è al coperto della censura della Corte di cassazione (4).

Nonpertanto la confessione stra-

del deposito, allegasse che egli abbia consegnate le cose depositate al terzo indicato per riceverle. Parigi, 6 aprile 1829, Sir., XXIX, 2, 154.

(1) Così, allorchè in materia di deposito volontario, il depositario riconosca il fatto del deposito, ma dichiari in pari tempo di esibire le cose depositate nello stato in cui le abbia ricevute, il deponente non è ammesso a combattere questa allegazione mercè la prova testimoniale. Ric. rig., 10 gennaro 1832, Sir., XXXII, 1, 91.

(2) Ric. rig., 21 maggio 1838, Sir., XLII, 1, 37. Confr. altresì: Ric. rig., 20 giugno 1826, Sir. XXVI, 1, 430.

(3) Tale si è il vero motivo pel quale il legislatore ha ristrette alla confessione giudiziale le disposizioni dell'art. 1310, senza spiegarsi intorno alla ritrattazione ed alla forza probante della confessione stragiudiziale.

(4) Arg. *a contrario*, art. 1310. Quest'argomento è qui concludentissimo, checchè ne dica Toullier, *luogo cit.*; perchè, per principio generale, il giudice è autorizzato a valutare, secondo la sua coscienza, gli elementi di convinzione che gli siano sottoposti, e perchè quindi, rigettando l'applicazione alla confessione stragiudiziale, delle disposizioni imperative dell'art. 1310, relative alla forza probante della confessione giudiziale, non si fa che eliminare una disposizione eccezionale, per collo-

giudiziale fatta verbalmente non può essere provata per testimoni, se non in quanto il fatto giuridico, su di cui essa versi, fosse stato esso stesso suscettivo di essere stabilito mercè la pruova testimoniale. Art. 1309.

675 *Del giuramento decisorio. — Del giuramento in generale.* 676 *Del giuramento decisorio.*

675 3. Del giuramento decisorio.—Del giuramento in generale.

Il giuramento è un atto al tempo stesso civile e religioso (1), col quale colui che giura prende Dio a testimone della verità di un fatto, o della sincerità d'una promessa, e lo invoca come vindice dello spergiuro (2).

Il giuramento è giudiziale o

carsi sotto l'impero del diritto comune. Bonnier, n. 251 e seg. Ric. rig., 29 febbraro 1820, Sir., XX, 1, 232. Ric. rig., 10 dicembre 1839, Sir., XL, 1, 467. Confr. Toullier, X, 340 e 341. Vedi nondimeno, per quanto concerne l'indivisibilità della confessione stragiudiziale: Merlin, *Quest.* v. Confessione, §§ 3 e 4.

(1) Il giuramento, considerato come una semplice dichiarazione civile, sarebbe una cosa priva di senso. Non si potrebbero, secondo questo sistema, giustificare le disposizioni del Codice su questa materia, e soprattutto quella che, in determinate circostanze, attribuisce al giudice il potere di deferire un giuramento suppletorio, anche all'attore. Del resto, ciò che prova avere i compilatori del Codice inteso di conservare al giuramento il carattere religioso, che gli è stato sempre attribuito, si è la sostituzione fatta dal consiglio di Stato della parola *giuramento* quella di *affermazione* che trovavasi nel progetto della commissione di compilazione. Vedi ugualmente in questo senso: *Rapporto fatto al tribunato* da Favard (Locré, *Legisl.* t. XII, n. 37) Toullier, X, 342. Duranton, XIII, 565. Sol per obblio si è lasciata sussistere nell'art. 1627 la voce *affermazione*. Favard. *Rep.* v. Giuramento, sez. III. § 1, n. 26.

* (2) *Diritto romano.*—Prima di venire a parlare delle diverse specie di giuramento, comincceremo, secondo il nostro costume, dalla definizione. Era il giuramento l'invocazione del divin Nome in testimonio della verità l. 41, *Cod. de transact.* Esso si divideva generalmente dai giureconsulti in *promessivo*, ed *assertivo*. Il primo riguardava affari futuri, e niente altro operava che assicurare maggiormente l'osservanza della promessa, senza però renderla valida se mai fosse stata nulla, avvegnachè esso seguisse la natura dell'atto cui si univa. — Il secondo riguardava affari presenti e principalmente passati, talora d'altrui, qual era il giuramento de' testimonii l. 16, l. 18, ff *de testibus*, talora proprii, e questo si divideva in giuramento *volontario*, *necessario*, e *giudiziale*. In questo titolo spiegarono bensì i Romani tre specie di giuramento, ma non definirono qual di questi tre nomi a cadauna di esse si convenisse; ond'è che i giureconsulti disputavano intorno alla loro denominazione: la qual disputa quanto fosse inutile, già abbastanza lo dimostrò Azone perchè noi possiamo dispensarci dal parlarne. Nondimeno conviene che con questi tre nomi distinguiamo tre specie di giuramen-

stragiudiziale, secondochè venga prestato in giudizio o fuori giudizio.

I giuramenti che debbono prestare i pubblici funzionarii, quello aggiunto ad una promessa per assicurarne l'adempimento (1), e quello da cui si fosse, in virtù d'una convenzione conchiusa fuori giudizio, fatta dipendere la ri-

to, e lo faremo, seguendo quanto ha praticato, la più parte dei giureconsulti, tale essendo la regola quando la disputa è di nomi.

* Diciamo dunque che il giuramento volontario era quello che una parte deferiva all'altra fuori di giudizio a modo di convenzione l. 17, l. 25, l. 26, § *ult. ff de jurejur.* Il necessario era quello che il giudice in cause dubbie per mancanza di prove deferiva in giudizio ad uno dei litiganti l. 31, ff *eod.*, l. 3, *Cod. de reb. cred.* Il giudiziale finalmente era quello che una parte deferiva all'altra in giudizio, ed era per lo più accompagnato con un decreto del giudice, il quale ordinava che la parte cui era deferito o giurasse, o deferisse il giuramento all'altra parte l. 7, l. 34, § 6, l. 35, l. 38, ff *de jurejur.*, l. 9, l. 12, § 1, *Cod. de reb. cred.* *

* Il giuramento volontario e giudiziale poteva deferirsi da tutti coloro che avevano la libera amministrazione delle cose, quali erano i maggiori, i tutori i curatori, nelle cause dubbie de' pupilli, dei minori, e degl' interdetti l. 17, § 1, 2, l. 35, *prin. ff de jurejur.*, purchè la lite cadesse sopra quelle cose, delle quali era permessa l'alienazione senza decreto del magistrato; altrimenti se la quistione verteva sopra beni immobili, o sopra mobili prezidsi assomiglianti agl'immobili, sono di avviso che non si potesse deferire il giuramento senza il decreto del magistrato, alla guisa delle transazioni, le di cui veci dicevasi sostenere il giuramento *arg.* l. 4, *Cod. de praed. et aliis reb. min.*, *junct.*, l. 2, ff *de jurejur.* I procuratori deferire non potevano il giuramento, se non erano muniti di un mandato generale che loro attribuisse la libera amministrazione di tutti i beni, o di uno speciale, che loro concedesse la facoltà di deferire il giuramento, o che non fossero mandatarii in cosa propria l. 17, § *ult.*, l. 18, l. 19, ff *eod.* I difensori delle città, i direttori delle società e dei collegi lo potevano deferire se erano a ciò autorizzati l. 34. § 1. ff *eod* non però i pupilli senza l'autorità del tutore l. 17, § 1, ff *eod.* nè gl'interdetti l. 35. § 1, ff *eod.*, nè coloro che, spirato un biennio, facevano uso dell'eccezione del danaro non numerato l. 14, § 3, *Cod. de non num. pecun.*, nè tampoco coloro, che avendo prima deferito il giuramento, lo avevano in seguito revocato, fidandosi sulle loro prove l. 11, *Cod de reb. cred.* I minori se non avevano curatore, potevano deferire il giuramento, perchè in questo caso era valido tutto ciò che facevano, sebbene peraltro godessero del beneficio della restituzione in intero; se poi avevano curatore, allora non lo potevano deferire che col consenso del curatore, altrimenti era nullo.

** — Il metodo da serbarsi nella prestazione dei giuramenti in materia civile trovasi determinato dall'articolo 215 delle leggi di procedura ne' giudizii civili. Ma a riguardo della dignità e dello stato di alcune persone trovansi stabilite delle forme di eccezione, in vigore dei Reali Decreti de' 20 e 27 agosto 1829.

(1) Pothier, *delle Obbligazioni*, l. 193; Merlin, *Rep.* v. Convenzione, § 8.

soluzione di una contesa, costituiscono dei giuramenti stragiudiziali (1).

Nella pratica, il giuramento giudiziario, di cui la legge non ha, in generale, indicata la formola ed il modo da prestarlo, si presta alzando la mano dritta, e dicendo: *Io lo giuro* (2).

Ma questa formola e questo modo di prestare il giuramento, non possono essere imposti a coloro che professino una religione i cui dogmi vietino di prendere Dio in testimonio, e secondo la quale una semplice affermazione equivalga ad un giuramento. Così, gli anabatisti ed i quakeri non potrebbero essere astretti a giurare nella forma ordinaria: non si può esigere da loro se non una affermazione conforme alle loro credenze religiose (3).

Da altra parte, le persone che seguano un culto, secondo il quale il giuramento non acquista tutta la forza di un legame religioso, se non in quanto sia prestato in una forma determinata e con certe solennità particolari, possono essere astrette a prestare giuramento in tale forma, e con queste solennità. Tale si è la posizione in cui trovansi gli Ebrei talmudisti di Alsazia e di Lorena (4). Altrimenti è degli Ebrei del mezzogiorno della Francia, i

(1) Conf. Favard, *Rep.* v. Giuramento, sez. II, n.i 1 a 5; Duranton, XIII 568.—*Quid* del giuramento deferito nella giustizia di pace? La delazione di un tale giuramento dev'essere considerata siccome stragiudiziale, in questo senso almeno, che non vi si possano applicare le disposizioni dell'art. 1315. La sola conseguenza che possa risultare dalla ricusazione di prestarlo, sarebbe, essendone il caso, la condanna alle spese della istanza, se il giuramento venisse di bel nuovo deferito dinanzi al giudice competente, e se quest'ultimo riconoscesse di dover essere prestato ne' termini ne' quali era stato deferito nell'uffizio di conciliazione. Toullier, X, 363. Carrè, *Leggi della procedura civile*, I, *Quest.* 239. Civ. rig., 17 luglio 1810, Sir., X, 1, 327. Vedi in senso contrario: Duranton, XIII, 569. Del resto, il giuramento deferito e prestato stragiudizialmente equivarrebbe, come il giuramento giudiziale, ad una transazione, e produrrebbe un fine di non ricevere insormontabile contro ogni nuova dimanda istituita per lo medesimo oggetto tra le medesime parti. Toullier, X, 362. Duranton, XIII, 568.

(2) Conf. Codice di procedura, art. 215. Merlin, *Rep.* v. Giuramento, § 3, n. 1.

(Nel Belgio, giusta una disposizione del 4 novembre 1814, vi si aggiugne la formola: «Così mi aiutino Dio e tutti i santi»).

(3) Arg. Carta art. 5. (Costituzione belga, art. 14 e 15). Conf. L. 5 § 1. D. *de Jureiur.* (12, 2; Merlin, *Rep.* v. Giuramento § 3, n. 3. *Quest. med.* v. § 1: Duranton, XIII, 592; Ric. rig., 28 marzo 1810, Sir., X, 1, 226.

(4) Toullier, X, 342. Duranton, XIII, 593. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Giuramento giudiziario, n.i 30 e 31. Favard, *Rep.*, *med.* v. sez. III, § 1, n. 23. Carrè, *Leggi della procedura*, I, 518 e 519. Rauter, *Corso di procedura civile*, § 134, testo e nota c. Boncenne, *Teoria della procedura*, II, 511. Devilleneuve e Carrette, Sir., *Nuova*

quali seguono il rito portoghese e non ammettono che la legge di Mosè in tutta la sua purità (1). Del resto, se un Israelita avesse, senza opposizione, prestato giuramento nella forma ordinaria, questo giuramento avrebbe tutto il suo effetto (2).

Il giuramento, tanto giudiziale quanto stragiudiziale, è o promissorio o affermativo, secondochè abbia per oggetto lo assicurare l'adempimento di una promessa, o il garentire la sincerità di una asserzione. Nel novero dei giuramenti promissorii trovansi specialmente: quello che debbono prestare i testimonii prima di deporre, e quello di cui trattasi nell'artic. 528 del Codice civile.

Il giuramento giudiziale affermativo è o decisorio o suppletorio. Art. 1311. Il primo è quello che una delle parti deferisce all'altra, per farne dipendere la decisione della lite. Il secondo è quello che il giudice deferisce di ufficio, sia sul fatto stesso che serva di fondamento alla dimanda o all'eccezione, sia sul valore della cosa litigiosa. Quest'ultimo giuramento si chiama giuramento *in litem*.

676. Del giuramento decisorio.

coll., III, 1, 210. Nancy, 15 lug. 1810, Sir., X, 1. 329. Colmar, 5 maggio 1815, Sir., XVI. 2, 55. Colmar, 18 gen. 1828, Sir., XXVIII, 2. 131. Pau, 11 maggio 1830, Sir., XXXI, 2, 151. Merlin, il quale aveva da principio adottata la stessa opinione, ha poscia emesso un avviso contrario. Vedi: *Rep.* v. Giuramento, § 3, n. 2; *Quest. med.* v. § 2. La proposizione enunciata nel testo ci sembra incontrastabile in teoria: ma nella pratica essa è suscettiva di far sorgere gravi difficoltà, soprattutto nel caso in cui il Giudeo di Alsazia o di Lorena, al quale si deferisse un giuramento *more iudaico*, dichiarasse di aver egli rinunziato alle dottrine del *Talmud*, e non riconoscesse più che la legge di Mosè. Di fatti, sarebbe cosa difficile il non ammettere la sincerità di una somigliante dichiarazione, la quale presenterebbe d'altronde un alto grado di verosomiglianza, a cagion del movimento religioso che ha luogo notoriamente tra gl'Israeliti. Del resto, la quistione trovasi in questo momento sottoposta alla camera civile della corte di cassazione, per effetto dell'ammessione di un ricorso diretto contro una decisione della corte reale di Colmar del 20 dicembre 1842.

(1) Conf. Torino, 22 febbraio 1809, Sir., IX, 2, 328; Nimes, 10 gennaio 1827, Sir., XXVII, 2, 58; Nimes, 7 giugno 1827, Sir. XXVIII, 2, 10. Aix, 13 agosto 1829, Sir., XXIX, 2, 286. Queste pronunzinzioni, le quali decidono che i Giudei non sieno tenuti a giurare *more iudaico* ci sembra che vadano spiegate mercè la circostanza che esse hanno statuito riguardo agl'Israeliti del Mezzogiorno. Nondimeno, noi dobbiamo riconoscere che esse hanno risoluta la quistione in termini generali, e senza far menzione della distinzione che noi abbiamo indicata nel testo.

(Niuna forma speciale a' Giudei, pel giuramento giudiziario, era altra volta obbligatoria nel Belgio. Un testimone, il quale professi il culto israelitico non può essere costretto dinanzi ad una corte *di assise* a prestare il giuramentoto con le formalità del rito della sua religione. Brusselles, 29 luglio 1836, *Giur. di B.* 1837.

(2) Crim. rig., 19 maggio 1826, Sir., XXVII, 1, 57.

Ogni parte la quale, o come attrice, o come convenuta, sia ammessa ed obbligata a fare una pruova, gode, in generale, della facoltà di discaricarsi da tale obbligazione, deferendo al suo avversario il giuramento sul fatto, che serva di fondamento alla sua dimanda o alla sua eccezione (1).

1. La delazione del giuramento costituisce una proposizione di transazione condizionale, che la parte, a cui il giuramento venga deferito, è tenuta ad accettare, allorquando esso sia ammessibile, avuto riguardo alle condizioni delle parti contendenti, all' oggetto della contestazione, ed alla natura del fatto su di cui esso versi.

1) Il giuramento non può esser deferito che da una parte all' altra: non può esserlo ad un terzo che non figuri nella causa come parte, per esempio, al marito il quale trovisi in causa solamente per autorizzare sua moglie (2).

La facoltà di deferire il giuramento s' appartiene soltanto alle persone che godano della capacità di transigere sull'oggetto della contestazione. Così, per esempio, i sindaci di un fallimento non possono deferire un giuramento, se non coll'autorizzazione del giudice commissario (3). Così ancora, il tutore non può, qualunque sia l'oggetto della contestazione, deferire un giuramento nel nome del suo pupillo, senza adempiere alle formalità prescritte dall'art. 390 (4). A maggior ragione,

(1) *Diritto romano.*—Il giuramento volontario e giudiziale poteva deferirsi in ogni sorta di affari e di controversia che si trattasse di azione reale, o personale, persecutrice della cosa, o penale, od anche infamante, come se si agiva civilmente coll'azione del furto, d'ingiurie e simili l. 3, § 1, l. 9, § 2, l. 13, § 2, l. 28, § 5, 6, 7, 9, l. 34, ff *de jurejur.*, l. 5, § 8, l. 11, § 1, ff *injur.*, l. 6, § 4, ff *de his qui not. infam.*, l. 18, *in fin. Cod. ex quib. caus. infam. irrog.* Poteva ancora deferirsi nelle azioni popolari l. 30, § 3, ff *de jurejur.*, e nella controversia se una vedova fosse o no gravida ad effetto di concederle o negarle il possesso dei beni del marito defunto l. 3, § 3, ff *eod.*, *l.* 10, *de carbon. edicto*

(2) Angers, 28 gennaio 1825, Sir., XXV, 2, 159. Vedi altresì un'applicazione di questo principio in una specie giudicata dalla Corte di Grenoble addì 11 luglio 1806 (Sir., VII, 2, 47).

(3) Arg. Codice di commercio, art. 450. Parigi, 20 febbraro 1844, Sir., XLIV, 2, 638.

(Il sindaco diffinitivo di un fallimento non può, in termini di prova, deferire il giuramento decisorio sul punto di sapersi, se determinate somme sieno state consegnate dal fallito. Brusselles, 23 dicembre 1837, *Giur. di B.*, 1839.

(4) Confronta L. 17, § 2; L. 35, *proaem.* D. *de Jurejur.* (12, 2). Duranton (XIII, 582) insegna, fondandosi sulle leggi ora citate, che il tutore sia autorizzato a deferire un giuramento sulle cose la cui alienazione gli sia permessa, e principalmente sopra una vendita di derrate provegnenti dalla raccolta dei beni del pupillo. Ma questa opinione non è compatibile col principio generalmente ammesso, e riconosciuto dallo stesso Duranton (XIII, 571), che la delazione del giuramento ha l' effetto di una transazione,

i mandatarii, i patrocinatori non possono, senza uno speciale potere, deferire un giuramento (1).

Il giuramento non può essere deferito che a colui il quale litighi nel suo proprio nome, e non a quello che altri non faccia che rappresentare in giudizio una delle parti. Quindi, il giuramento non può esser deferito ai tutori, o agli amministratori di un comune o di un pubblico stabilimento, nè ai sindaci di un fallimento (2). Che se la contestazione versasse su di un fatto personale al rappresentante, e quest'ultimo fosse stato messo in causa, non solo in tal qualità, ma ancora nel suo proprio nome, il giuramento potrebbe essergli validamente deferito, e produrre riguardo a lui gli effetti di una transazione: ma il diniego di prestarlo non potrebbe pregiudicare agl'interessi della parte da lui rappresentata. Da un altro canto, l'artic. 2181 permette di deferire al tutore di un erede minore, nel cui nome egli faccia valere una delle prescrizioni di breve durata stabilite dagli artic. 2177 a 2180 del Codice civile, un giuramento nel

e con la disposizione dell'art. 1917, il quale interdice al tutore il transigere in nome del pupillo, qualunque sia l'oggetto della contestazione, altrimenti che secondo il modo indicato dall'art. 390. Quanto all'autorità del diritto romano, essa non ci sembra che possa essere invocata; perchè questo diritto aveva stabilito intorno all'amministrazione del tutore un sistema dal quale il Codice civile si è notabilmente discostato, e il quale, a differenza di questo Codice, non proibiva al tutore in modo assoluto il transigere senza autorizzazione del giudice sugli affari del pupillo. Confr. L. 46, § *ult. de Adm. tut.* (26, 7); L. 22, C. *eod. tit.* (5, 37); L. 54, § 5, e L. 56, § 4 *de Furtis* (47, 2); Thibaut, § 921. Duranton soggiunge, egli è vero come correttivo della sua opinione, che il minore godrebbe, in virtù dell'art. 545 del Codice di procedura, del ricorso per ritrattazione onde far ritrattare la sentenza pronunziata in conseguenza di un giuramento deferito dal suo tutore, se egli fosse in grado di provare, che deferendolo, quest'ultimo abbia malamente difesi i suoi interessi. Ma questo temperamento ci sembra inammessibile, per la ragione che la parte, la quale litighi contro un minore, non potrebbe essere astretta ad accettare la delazione di un giuramento il cui effetto non sarebbe irrevocabile. Toullier, X, 375. Bonnier, n. 304. Del resto, noi opiniamo, che sorgendo una contestazione intorno ad un atto di amministrazione, per ragion del quale la risponsabilità del tutore si trovasse impegnata rimpetto al minore, ei potrebbe, nel suo nome personale, deferire il giuramento al terzo col quale abbia contrattato, perciocchè egli sarebbe in tal caso il principale interessato. In questo senso noi adottiamo la modificazione apportata da Toullier (X, 376) al principio che il tutore non può, senza autorizzazione, deferire un giuramento.

(1) Arg. art. 1860 e 1861; Codice di procedura, art. 444. Grenoble, 23 febbraro 1827. Sir., XXVII, 2, 137. Bordeaux, 30 luglio 1829, Sir., XXX, 2, 7. Ric. rig., 27 aprile 1831, Sir., XXXI, 1, 194. Rouen, 21 febbraro 1842, Sir., XLII, 2, 262.

(2) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 821. Toullier, X, 373. Bonnier, n. 305.

fine di dichiarare se egli sappia che la somma o la cosa dimandata sia ancora dovuta. La disposizione di quest' articolo sembra doversi egualmente applicare al caso preveduto dall'art. 189 del Codice di commercio, 193 (1) II. di eccez. (2); ma essa non potrebbe, per quanto concerne il giuramento da deferirsi al tutore, essere estesa ad altre ipotesi (3).

2) Il giuramento può, in generale, esser deferito in qualsivoglia specie di contestazione. Art. 1313. Questa regola soggiace nondimeno ad eccezione, allorchè la contestazione versi sopra diritti non suscettivi di formare l'oggetto di una rinunzia o di una transazione. Per tal guisa, in una istanza di separazione personale, il giuramento non può esser deferito sopra i fatti che servano di fondamento alla dimanda (4); ed in un'azione di reclamazione o d' impugnazione di stato, non può essere deferito sopra fatti di filiazione o di legittimità (5). La stessa regola soggiace ugualmente ad eccezione semprechè trattisi di un'azione o di una eccezione la quale trovisi respinta dall' autorità della cosa giudicata (6), o alla quale s'opponga la prescrizione (7).

3) Il giuramento non può es-

*(1) Nell'art. 189 francese dopo di essersi parlato della prescrizione relativa alla lettera di cambio ed ai biglietti ad ordine, sta soggiunto: « suscritti da negozianti, mercanti o banchieri, ovvero per fatti di commercio ». Or nel nostro artic. 193 alle trascritte parole sono state sostituite queste altre « quando reputinsi atti di commercio a' termini dell'art. 3, ed agli ordini in derrate ».

(2) Diversamente, si disnaturerebbe il carattere della prescrizione stabilita da quest'articolo, la quale non *può* essere invocata che a condizione del giuramento.

(3) Noi vedremo in appresso, che questa specie di giuramento, chiamato giuramento di *credenza*, può, in ogni contestazione, essere deferito agli eredi maggiori, e che, per quanto concerne costoro, le disposizioni degli artic. 2181 del Codice civile, 193 del Codice di commercio, non debbano essere considerate come eccezionali. Ma tutt' altrimenti è del tutore, il quale non gode della facoltà di transigere sugli affari del pupillo; e si comprende, che gl' interessi di quest'ultimo sarebbero gravemente compromessi, se il diniego di prestar giuramento, il qual diniego potrebb' essere dal canto del tutore l'effetto solamente di una timorata coscienza, dovesse produrre la condanna del pupillo.

(4) Ma il giuramento può essere deferito sopra fatti di riconciliazione. Vedi altresì, quanto alla quistione di sapersi, se sia permesso di deferire un giuramento sull' esistenza di un matrimonio.

(5) Arg. art. 250; Codice di procedura, art. 1080. Bonnier, n. 300.

(6) Torino, 13 luglio 1806, Sir., VII, 2, 1193. Ric. rig., 22 agosto 1822, Sir., XXIII, 1. 66.

(7) Se la prescrizione fosse unicamente fondata sopra una presunzione di liberazione stabilita nel privato interesse del debitore, dovrebbe essere permesso lo interpellarlo, mediante giuramento, sulla quistione di sapersi se questa presunzione sia conforme alla realità, siccome è permesso di deferire a colui, il quale si prevalga della consegna del-

sere deferito che sopra fatti rilevanti o decisivi, vale a dire, sopra fatti di natura tale da trarre seco la decisione della contestazione, nel senso dell'ammessione della dimanda o dell'eccezione, in appoggio della quale sieno articolati (1). Il giudice gode di un potere discrezionale per valutare, sotto questo rapporto, i fatti che formino l'oggetto del giuramento; e la sua decisione su questo punto non può dar luogo a cassazione, eccetto se, nel valutarli, egli abbia violata o fallacemente applicata qualche disposizione di legge (2).

Gli stessi fatti rilevanti e decisivi non possono formar la materia di un giuramento, se non in quanto sieno personali alla parte a cui venga deferito il giuramen-

la scrittura privata comprovante l'esistenza del debito, il giuramento sul punto di sapersi se questa consegna abbia avuto luogo con lo scopo di liberarlo. Ma siccome la prescrizione costituisce ugualmente, almeno in generale, una pena stabilita, con uno scopo di pubblico interesse, contro la negligenza del creditore, è cosa evidente che questi non può sottrarsi all'applicazione di siffatta pena, per mezzo di una delazione di giuramento. Se nei casi preveduti dagli art. 2177 a 2181 del Codice civ., 196 del Codice di commercio, la legge autorizza la delazione del giuramento al debitore il quale invochi la prescrizione, egli è appunto perchè essa prescrizione è allora unicamente fondata sopra una presunzione di liberazione, la quale disparisce per effetto del diniego di prestare il giuramento deferito. Da ciò risulta, che tali articoli, lungi dal contrariare la nostra maniera di vedere, non fanno che confermarla.

(1) (Il giuramento decisorio può essere deferito non solamente per farne dipendere la decisione della causa nel merito, ma ancora sopra tutti gl' incidenti che possano elevarsi tra le parti nel corso della istanza, e sui quali debba previamente essere statuito. Brusselles, 22 aprile 1830, *Giur. di B.* 1830, I, 341, e 1823, 2, 349. *Giur. del XIX secolo*, 1832, 216; Dalloz, XXI, 272.

—Il giuramento decisorio non può essere deferito che sopra fatti decisivi della causa. Brusselles, 13 novembre 1834, *Giur. di B.*, 1835, 316.

—Perchè un giuramento sia decisorio, è mestieri che sia deferito in termini tali, che, se sia prestato o riferito, metta fine alla contestazione. Liegi, 23 dicembre 1841, *Giur. di B.* 1842, 176.

—Il giuramento decisorio non può essere deferito nelle materie correzionali o criminali. Liegi, 30 gennaro 1841, *Giur. di B.* 1841, 298).

(2) Allorchè il giudice ammetta o rigetti il giuramento, pel motivo che i fatti sui quali essa versi sieno o no di natura tale da sostituire in un modo compiuto la pruova a farsi dalla parte che abbia deferito il giuramento, la sua estimazione più o meno inesatta non costituisce che un mal giudicato. Civ. rig., 6 marzo 1834, Sir., XXXIV, 1, 756. Allorchè per contrario il giudice ammetta o rigetti un giuramento, valutando in un modo erroneo le conseguenze legali dei fatti che ne formino l'oggetto, la sua decisione può essere impugnata per la via della cassazione, supponendo che l'errore di diritto da lui commesso costituisca una violazione o una fallace applicazione di qualche disposizione della legge.

to. Artic. 1313. Non pertanto, è permesso di deferire alla vedova, agli eredi ed ai successori universali di una persona defunta, un giuramento di *credenza* sopra un fatto personale al loro autore, vale a dire, d'interpellarli sotto giuramento sul punto di sapersi se eglino abbiano o no conoscenza di tal fatto. Art. 2181. Codice di commercio, art. 195, ed arg. da questi articoli (1).

Del resto, il giuramento può essere deferito sopra qualunque specie di fatto (2). Può esserlo del pari sopra fatti vergognosi o illeciti, per esempio, sopra fatti usurarii, o sopra ostacoli apportati alla libertà di testare (3). Può esserlo egualmente contro ed opinione generalmente ricevuta, che un simigliante giuramento potesse essere deferito ad ogni persona indistintamente, e non, già soltanto alla vedova ed agli eredi. Ma noi crediamo, che la dottrina ammessa, riguardo a ciò, vada giustificata mercè le considerazioni seguenti: Da un canto, non si può supporre che la vedova e gli eredi di una persona defunta trovinsi in una compiuta ignoranza in rapporto a' suoi affari. Da un altro canto, conviene che la condizione del creditore, il quale avrebbe avuta la facoltà di deferire un giuramento decisorio al suo debitore, non sia renduta peggiore per l'avvenimento della sua morte. *Rapporto al tribunato* di Favard, *Legisl.* t. XII, n. 39, Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 913. Toullier, X, 372. Duranton, XIII, 580. Conf. nondimeno: Rauter, *Corso di procedura civile*, § 134.

(1) Non può dissimularsi, che se il diniego d'una parte a prestar giuramento sopra un fatto, che le sia personale, produce contro di lei una presunzione assai grave per far riguardare come costante la proposizione inversa di quella che abbia ricusato di affermare, non è lo stesso del diniego di prestare un giuramento di *credenza*; perciocchè può altri, per effetto di false comunicazioni, o di ogni altra circostanza essere menato a credere in un modo *più* o meno compiuto, alla esistenza di un fatto falso. Potrebbesi pensare in conseguenza di ciò che gli artic. 2181 del Cod. civile, 195 del Codice di commercio, costituiscano, sotto questo rapporto, delle disposizioni eccezionali, le quali non sieno suscettive di essere estese ad ipotesi diverse da quelle sulle quali esse statuiscono. Nondimeno, è stato sempre ammesso nel diritto francese, che il giuramento di *credenza* possa essere deferito alla vedova, ed agli eredi di una persona defunta, in ogni specie di contestazione. In appoggio di questa opinione, si ha il costume di dire che il giuramento di *credenza* non versando che sulla opinione personale di colui, al quale sia deferito; in quanto alla esistenza del fatto in contestazione, esso abbia in realtà per oggetto un fatto personale a quest'ultimo. Siffatta ragione non ci sembra concludente; perciocchè ne risulterebbe, contrariamente alla o-

(2) L'erede, al quale si domandi, in virtù di un atto di prestito sottoscritto dal suo autore, il rimborso della somma che in esso atto è indicata, può deferire a colui, che lo convenga in giudizio, il giuramento decisorio, sul punto di sapersi se la somma sia stata realmente consegnata al suo autore, come lo porta l'atto. Brusselles, 28 gennaro 1825, *Giur. di B.* 1826, 1, 139; *Giur. del XIX secolo*, 1826, 3, 160.

(3) Torino, 13 aprile 1808, Sir., IX, 2, 77. Brusselles, 4 febbraro

tre il contenuto degli atti autentici. Nondimeno è tutt'altro quando trattisi di fatti comprovati fino all' iscrizione in falso da atti di questo genere.

2. La facoltà di deferire un giuramento non è subordinata alla esistenza d'un principio di pruova qualunque. Art. 1314.

La delazione del giuramento può aver luogo in ogni stato di causa, vale a dire, fino a che non sia intervenuta sulla contestazione una sentenza passata in giudicato. Art. 1314. Adunque, esso può essere deferito dopo l' adoperamento di ogni altro mezzo invocato in appoggio della dimanda o dell' eccezione: e ciò tanto in grado di appello, quanto in prima istanza. La circostanza che il giuramento non fosse deferito salvochè in forma di conclusione sussidiaria, non gli toglierebbe il carattere di giuramento decisorio (1).

1809, Sir., IX, 2, 247. Pau, 3 settembre 1829, Sir., XXX, 2, 107.

(1) La giurisprudenza è contraria a questa proposizione. Diverse decisioni hanno giudicato che il giuramento deferito da una parte, la quale abbia fatti valere tutti i mezzi, atti a giustificare la sua domanda, o la sua eccezione, altro non sia che, un giuramento suppletorio, il quale non può essere imposto dal giudice, se non in quanto la domanda o la eccezione non sia totalmente sfornita di prova; e questa dottrina è stata approvata, in un modo più o meno esplicito, da più autori. Vedi: Civ. rig., 30 ottobre 1819, Sir., XI, 1, 38. Colmar, 5 febbraro 1834, e 7 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 143 e 116; Limoges, 23 febbraro 1843, Sir., XLIV, 2, 637; Merlin, *Rep.* v. Giuramento, § 2, art. 2, n. 7; *Quest. med.* § 4; Favard, *Rép.*, v. Giuramento, sez. III, § 2, n. 6; Toullier, X, 404 e 405. Altre decisioni, senza andare sì lungi come le precedenti, hanno deciso che quando il giuramento non sia stato deferito che sussidiariamente, il giudice possa, secondo le circostanze, considerarlo siccome un semplice giuramento suppletorio, o siccome un vero giuramento decisorio. Vedi: Ric. rig., 22 novembre 1835, Sir., XXXVI, 1, 923; Ric. rig., 7 novembre 1838, Sir., XXXVIII, 1, 873; Pau, 3 dicembre 1829, Sir., XXX, 2, 167. Queste differenti decisioni, benchè divergenti fra loro, sono nondimeno tutte fondate sulla idea, che un giuramento non possa essere riguardato siccome decisorio, se non in quanto colui che lo deferisca faccia da esso unicamente ed esclusivamente dipendere la decisione della contestazione; ma questa idea non ci sembra esatta. Se l' art. 1411 definisce il giuramento decisorio quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione della causa, ciò non è nel senso, che il giuramento debba essere l' unico mezzo cui proponga quegli che il deferisce, ma bensì nel senso che la delazione del giuramento debba avere per risultamento il porre termine necessariamente ed irrevocabilmente al litigio, togliendo a colui, da cui essa delazione proceda, ogni possibilità di porre di bel nuovo in quistione, prestato che sarà una volta il giuramento, il fatto che ne formi l'oggetto. D' altronde, la dottrina che noi combattiamo ci sembra contraria al testo dell'art. 1314, giusta il quale il giuramento può essere deferito « in qualunque stato si ritrovi la causa ». Di fatti, queste espressioni indicano che il giuramento è un'estrema risorsa alla qua-

La legge, autorizzando la delazione del giuramento in ogni specie di contestazione, ed in ogni stato di causa, attribuisce una facoltà alla parte e non al giudice. Quindi deriva, che quando il giuramento sia validamente deferito, il giudice è, in generale, tenuto ad ammetterlo (1): ei non potrebbe dispensarsi dal farlo, salvochè nel caso in cui gli sembrasse costante che la delazione del giuramento abbia avuto luogo per animo di vessazione, ed a condizione che egli dichiari *ciò* nella sua sentenza (2).

3. La parte, alla quale sia deferito un giuramento, è tenuta a prestarlo nei termini in cui le sia stato imposto (3). Articolo 1315. Nondimeno, quando trattisi di fatti che sieno a lei comuni colla parte avversa, o coll'autore di quest'ultima, ella può sottrarsi all'obbligazione di prestare il giuramento che le sia stato deferito riferendolo al suo avversario, o deferendo a costui, sulla conoscenza del fatto che ne formi l'oggetto, un giuramento di *credenza* (4). Art. 1316.

La parte, a cui un giuramento sia stato deferito, non può alla sua volta riferirlo all'altra parte. Arg. art. 1315.

Il giuramento deferito o riferito può essere ritrattato fino a che non sia stato accettato. Ma la ritrattazione non può più aver luogo dopo l'accettazione, eccet-

le le parti sono autorizzate a ricorrere, quando elleno abbiano inutilmente proposti altri mezzi. Aggiugneremo finalmente, che questa dottrina sarebbe evidentemente inammessibile nel caso in cui una parte, dopo di avere infruttuosamente proposto, sia una mancanza di qualità, sia ogni altro fine di non ricevere, deferisse poscia il giuramento sul merito istesso dell'azione o della eccezione, del pari che nel caso, in cui una parte, dopo di aver fatti valere, in prima istanza, tutti i mezzi che la sua causa gli sembrava comportare, facesse in grado di appello astrazione da tutti questi mezzi, e si limitasse a deferire il giuramento. Or tostochè si ammettono siffatte restrizioni, si riconosce per questa ragione medesima la inesattezza della idea sulla quale sono fondate le decisioni citate nel cominciamento di questa nota.

(1) Questa proposizione è anche contraria alla giurisprudenza. Vedi: Ric. rig., 23 aprile 1829, Sir., XXIX, 1, 366. Bordeaux, 19 gennaro 1839, Sir., XXX, 2, 165. Ma noi crediamo che tali arresti poggino unicamente sopra una fallace interpetrazione degli art. 1312, 1313 e 1314. Queste espressioni: « il giuramento può deferirsi », non si applicano punto al giudice, ma alle parti; perchè la delazione del giuramento decisorio costituisce una proposta di transazione, la quale non può procedere se non che da una di esse parti, e perchè in realtà è la parte, e non il giudice, colei che deferisce un tale giuramento, secondochè ciò nettamente risulta dalla definizione che ne dà il num. 1 dell'art. 1311. n. 2 e 1320. Bonnier, n. 302.

(2) In somigliante caso, la delazione del giuramento non sarebbe più l'uso, ma l'abuso, di una facoltà legale; e deesi perciò applicare a questa ipotesi la massima: *malitiis non est indulgendum*.

(3) Conf. nondimeno: Civ. cass., 18 agosto 1830, Sir., XXX, 1, 402.

(4) Duranton, XIII.

to se sia stato deferito unicamente per effetto del dolo della parte avversa. Art. 1318.

4. Colui che ricusi di prestare il giuramento deferitogli, e non voglia o non possa riferirlo al suo avversario, dee succumbere nella sua dimanda o nella sua eccezione, in quanto l'ammissione ne fosse subordinata alla prestazione del giuramento. Lo stesso è di colui il quale ricusi di prestare un giuramento che gli sia stato regolarmente riferito. Art. 1315, ed arg. da quest'articolo.

Il rifiuto di prestare un giuramento giova solamente alla parte che l'abbia deferito o ai suoi eredi o aventi-causa, e non può essere opposto che alla parte da cui emani la ricusazione ed ai suoi eredi o aventi-causa. Nondimeno, il rifiuto di prestare un giuramento deferito da uno dei creditori solidali, giova a tutti gli altri. Arg. art. 1319, comma 4.

Allorchè di più persone, alle quali sia stato deferito o riferito il giuramento, una ricusi di prestarlo, la sua ricusa non può privare le altre dal benefizio della sentenza che ne abbia ordinata la prestazione (1).

5. Il giuramento ordinato da una sentenza non può essere reputato prestato, sol perchè la parte a cui sia stato imposto, lo avesse formalmente accettato, e fosse morta senza essere stata costituita in mora a prestarlo (2). Ma parimento la morte di una parte, a cui un giuramento sia stato imposto con sentenza, non può, benchè non lo abbia accettato, farlo considerare come l'avesse ricusato, tranne se sia stata costituita in mora a prestarlo. Nell'una e nell'altra ipotesi, le parti sono, per la forza stessa delle cose, messe di nuovo nello stesso stato in cui trovavansi, prima della sentenza che abbia ordinato il giuramento; dimodochè la parte che lo aveva deferito o riferito, è ammessa a deferire, sul fatto che ne formava l'oggetto, un giuramento di *credenza* agli eredi del defunto (3).

6. La prestazione del giuramento deferito da colui che proponga la domanda principale, o la eccezione, fa effettuare la condizione sotto di cui egli ha rinunziato all'azione o all'eccezione, in appoggio della quale la delazione di esso giuramento aveva luogo, e rende così definitiva ed irrevocabile tale rinunzia. Reci-

(1) Colmar, 3 maggio 1819, Sir., XX, 2, 212.

(2) (Allorchè un individuo sia stato ammesso da una sentenza a prestar giuramento, e non sia dipeso da lui il prestarlo per circostanze indipendenti dalla sua volontà, e pel fatto del suo avversario, ei deve essere considerato come se l'avesse realmente prestato, se muoia nello intervallo. Brusselles, 20 gennaro 1829, *Giur. del XIX secolo*, 1829, 3, 68; Dalloz, XXI, 267. Ma vedi: Thomine, I, 240).

(3) Confr. in sensi differenti: Favard, *Rep.* v. Giuramento, sez. III, § 1, n. 18; Carrè, *Leggi della procedura*, I, 511; Boncenne, *Teoria della procedura civile*, II, 513 e seg. Toullier, X, 385; Bonnier, n. 311. *Quid*, allorchè trattisi di un giuramento suppletorio?

procamente, la prestazione d'un giuramento riferito importa da canto del convenuto adesione definitiva ed irrevocabile alla domanda o all'eccezione.

Da ciò risulta che non può altri essere ammesso, nè a rivenire direttamente contro la transazione fermatasi in virtù della delazione e della prestazione d'un giuramento, offrendo di provarne la falsità, nè a neutralizzare indirettamente gli effetti di tale transazione *, sia intervenendo come parte civile che domandi i danni ed interessi in una perseguitazione diretta a richiesta del pubblico ministero per reato di falso giuramento (1), sia impugnando per via d'iscrizione in falso l'atto autentico sul contenuto del quale il giuramento fosse stato deferito (2). Artic. 1317, ed arg. da quest'articolo. Ma può altri farsi restituire contro le conseguenze della prestazione di un giuramento, provando che non sia stato indotto a deferirlo se non dal dolo della parte avversa (3).

La prestazione di un giuramento non può essere opposta che alla parte, la quale l'abbia deferito, ed ai suoi eredi o aventi-causa. È lo stesso ancora del giuramento deferito da uno dei creditori solidali, in questo senso, che il debitore non è liberato se non per la porzione di questo cre-

(1) *Non obstat* Codice d'Istruzione criminale, art. 1 comb. Codice penale, art. 366. *Sufficit perjurii poena* (LL. 21 e 22). D. *de Dolo malo* (4, 3). *Esposizione dei motivi al corpo legislativo*, di Faure, (Locrè, *Legisl.* t. XXX, n. 22. Bonnier, n. 312. Confr. Toullier, X, 389. Crim. rig., 7 luglio 1843, Sir., XLIV, 1, 36. Vedi in senso contrario: Duranton, XIII, 600. L'opinione di questo autore è poggiata sopra un doppio errore. Evidentemente a torto Duranton suppone che il falso giuramento sia in sè medesimo una causa di pregiudizio; perciocchè anche quando fosse certo che la pretensione di colui, il quale abbia deferito il giuramento, era fondata, il pregiudizio che abbiagli cagionato il rigettamento della sua pretensione e piuttosto il risultamento della delazione del giuramento che non della sua prestazione. Da un altro canto, la sola prova della falsità del giuramento non bastando per provare la giustizia delle pretensioni di colui che lo abbia deferito, sarebbe mestieri, onde riconoscere l'esistenza di un pregiudizio cagionato dal falso giuramento, rinnuvare la discussione originaria; ed ogni discussione novella, riguardo a ciò, trovasi irrevocabilmente eliminata mercè la transazione intervenuta fra le parti.

* Nelle nostre ll. pp. non si rattrova alcuna disposizione che al pari del detto articolo del Cod. pen. punisca il falso giuramento deferito o riferito in materia civile. Conf. nondimeno l'artic. 195 delle medesime leggi, il quale diminuisce di un grado le pene della falsa testimonianza, quando non sia stata accompagnata da giuramento.

(2) Colmar, 25 aprile 1827, Sir., XXVIII, 2, 176.

(3) Tale sarebbe il caso in cui la parte, alla quale il giuramento sia stato deferito, avesse frandolentemente sottratti o ritenuti documenti decisivi. Conf. Codice di procedura, art. 544. Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 219. Toullier, X, 390. Duranton, XIII, 601. Favard, *Rep.* v. Giuramento, sez. III, § 1, n. 20.

ditore. Articolo 1319, comma 1 e 2: Reciprocamente, la prestazione di un giuramento non giova se non alla parte che lo abbia prestato ed ai suoi eredi o aventi-causa. Nonpertanto il giuramento prestato da uno dei debitori solidali sull'esistenza stessa del debito giova agli altri. Da un altro canto il giuramento prestato dal debitore principale giova sempre al fideiussore; e quello che sia prestato dal fideiussore giova egualmente al debitore principale, allorchè versi sull'esistenza medesima del delitto. Articolo 1349, comma 3, 4, 5 e 6.

B. DELLA PRUOVA DIRETTA

677 B. *Della pruova diretta.* — 1. *Della pruova letterale.* 678 a. *Degli atti autentici.* 679 b. *Degli atti privati.* 680 c. *De' libri di commercio.* 681 d. *De' libri domestici e delle scritture non firmate.* 682 e. *Delle taglie.* 683 f. *Delle copie degli atti.*

667 B. Della pruova diretta (1); — 1. Della pruova letterale. — Generalità.

La pruova di un fatto giuridico può, colle distinzioni che verranno appresso indicate, risultare da ogni specie di scritti, o che non sieno stati compilati col fine di assicurarlo e di fornirne la pruova.

Gli scritti, compilati o distesi col fine di comprovare un fatto giuridico, chiamansi più specialmente atti (2).

Gli atti si dividono:

1. In atti autentici ed in atti privati;
2. In atti originali ed in copie;
3. In atti primordiali ed in atti ricognitivi.

La legge non regola la forza probante di tutti i generi di scritti, suscettivi di servir di pruova in giudizio. Essa determina questa forza solamente per gli atti autentici o privati, pei libri di commercio, pei registri domestici, e per le menzioni fatte nel fine, nel margine o in dorso di un atto. Quindi risulta, che la quistione di sapersi qual grado di fede possano meritare altri

(1) Noi non parleremo degli elementi di convinzione che il giudice può attingere, sia da una ispezione dei luoghi litigiosi, sia da una perizia; perciocchè queste materie trovansi esclusivamente trattate nel Codice di procedura.

(2) Secondochè lo abbiamo di già fatto notare, conviene guardarsi dal confondere gli atti *(instrumenta)* intesi a comprovare convenzioni o disposizioni, con queste convenzioni o con queste disposizioni propriamente, le quali costituiscono degli atti giuridici *(negotia iuridica)*. Non per altro che per evitare ogni confusione relativamente a ciò, abbiamo d'ordinario data a' primi la qualificazione di atti istrumentarii.

* V. art. 28 della legge sul notariato del 23 novembre 1819, che dichiara nulli tali atti. Conf. art. 164 e 226 ll. pen.

scritti, e soprattutto le lettere missive, rimane abbandonata alla estimazione dei tribunali.

Le lettere missive dirette a persone terze non possono essere prodotte in giudizio come mezzi di pruova, se non col consenso di queste (1), e debbono, malgrado il loro consenso, essere rigettate quando sieno di natura confidenziale (2). Spetta al giudice di valutare, sotto questo rapporto, il carattere delle lettere missive che vengano prodotte dinanzi a lui. Del rimanente, quale che sia la sua decisione sull'ammessione e sul rigettamento di simili lettere, essa non può dar adito a cassazione (3).

La legge assimila alla pruova letterale quella che risulta dalle taglie. Può egualmente collocarsi nella stessa linea la pruova cui somministrano alcuni segni, proprii ad assicurare un fatto giuridico, come, per esempio, i termini lapidei ed i segni di non comunione.

678 a. Degli atti autentici. — 1. Della forma costitutiva degli atti autentici.—a) Generalità.

L'atto autentico è quello che sia stato ricevuto o disteso da un pubblico uffiziale, avente capacità e competenza a quest'effetto, e con le solennità richieste. Artic. 1271. Adunque, per costituire l'autenticità di un atto, fa mestieri del concorso delle condizioni seguenti:

1. Bisogna che l'atto sia stato ricevuto o disteso da un uffiziale pubblico in tale qualità. Gli atti che un pubblico uffiziale sospeso, destituito, o traslocato, avesse stipulati dopo la notificazione fattagli della sua sospensione, della sua destituzione, o della sua traslocazione, si dovrebbero riguardare come emanati da un semplice privato (4).

2. Bisogna che niun impedimento particolare e relativo abbia renduto il pubblico uffiziale, compilatore dell'atto, incapace di riceverlo e di distenderlo. Nel caso contrario, l'atto non sarrebbe come autentico. Questo è ciò che

(1) Merlin, *Rep.* v. Lettera, n. 6. Ric. rig., 12 giugno 1823, Sir., XXIII, 1, 394. Se la lettera, della quale una persona intenda di prevalersi, fosse da considerarsi come comune a questa persona ed al terzo a cui essa lettera sia stata indiritta, potrebbe essere prodotta senza il consentimento di quest'ultimo. Ric. rig., 10 luglio 1845, Sir. XLIV, 1, 236.

(2) Vedi nondimeno: Merlin, *op. e luogo cit.*; Riom, 4 dicembre 1810, Sir., XIII, 1. 87; Ric. rig., 4 aprile 1821, Sir., XXII, 1 33. Queste decisioni giudicano che una lettera missiva debba essere reputata confidenziale, per la sola ragione che sia indiritta ad un terzo. Una tale opinione ci sembra troppo assoluta.

(3) Ric. rig. 31 maggio 1842, Sir., XLII, 1, 490.

(4) Legge del 25 ventoso anno XI, art. 52 e 68, ed arg. da questi articoli. Quanto agli atti fatti antecedentemente alla notificazione di cui è parola nel testo, essi sono validi, malgrado la sospensione, la destituzione o la traslocazione dell'uffiziale pubblico che li abbia ricevuti e distesi. Duranton, XIII, 75. Bonnier, n. 355. Ric. rig., 25 novembre 1813, Sir., XIV, 1, 76.

avrebbe luogo, per esempio, se un pubblico uffiziale avesse ricevuto un atto in cui egli fosse personalmente interessato, o che riguardasse uno dei suoi parenti o affini in grado vietato (1).

Ma la mancanza, in persona di un pubblico uffiziale, delle qualità o delle condizioni generali richieste per l'esercizio delle funzioni di cui sia stato rivestito, non toglie il carattere dell'autenticità agli atti che egli abbia fatti. Così, per esempio, se uno straniero o un nazionale, non avente l'età richiesta, fosse stato nominato alle funzioni di notaio, gli atti ricevuti da lui in questa qualità varrebbero come autentici, malgrado l'irregolarità della sua nomina (2).

3. Bisogna che il pubblico uffiziale abbia agito nei limiti delle sue attribuzioni, sotto il rapporto della natura dell'atto che egli abbia ricevuto o disteso, e del luogo in cui l'abbia istrumentato. Un atto il quale, pel suo oggetto, non entrasse nelle attribuzioni del pubblico uffiziale che l'abbia ricevuto, non vale come atto autentico. Sarebbe lo stesso di un atto che un pubblico uffiziale avesse ricevuto oltre i limiti dell'ambito delle sue attribuzioni, vale a dire, fuori del territorio che gli sia assegnato per l'esercizio delle sue funzioni (3).

4 Bisogna in fine che l'atto sia stato ricevuto o disteso colle formalità prescritte dalla legge sotto pena di nullità.

Un atto privato riveste, in un modo assoluto, il carattere di un atto autentico, allorchè sia depositato presso gli atti di un notaio da tutte le parti che lo abbiano firmato, e il deposito ne sia regolarmente comprovato. Il deposito di un simile atto, fatto da quella tra le parti che esso atto costituisca debitrice, basta ancora per renderlo autentico contro di lei (4).

b) Specialità sugli atti notarili.

I notai sono pubblici funzionarii, stabiliti per ricevere o per distendere tutti gli atti, a cui le

(1) Il notaio compilatore di un atto non può stipularvi come mandatario di una delle parti, per esempio, onde accettare un'obbligazione contratta a vantaggio di questa parte. Rouen, 2 febbraro 1829, Sir., XXX, 2, 175.

(2) *Error communis facit ius.* L. 3, D. *de Offi. Praet.* (1, 14), e L. 2. C. *de Interd. omn. iud.* (7, 45). Arg. Legge del 25 ventoso anno XI, art. 68, comb. art. 7 e 35. Duranton, XIII, 77. Bonnier, n. 354.

(Gli atti di colui il quale godeva notoriamente e pubblicamente di una determinata qualità ufficiale e pubblica, quantunque egli non l'avesse posseduta legalmente, non sono nulli per questa sola ragione. L'errore comune li salva dalla nullità. — Così, è valida una sentenza del tribunale del commercio, benchè uno dei giudici fosse straniero, se sia stato chiamato a tali funzioni conformemente alla legge. Bruxelles, 13 agosto 1838, *Giur. di B.* 1833).

(3) Toullier, VIII, 68 e 72. Duranton, XIII, 22 e 26. Bonnier, n. 356.

(4) Ric. rig. 27 marzo 1821, Sir., XXI, 1, 327. Bourges, 27 giugno 1823, Sir., XXIV, 2, 51.

parti debbano o vogliano dare il carattere di autenticità inerente agli atti della pubblica autorità per assicurarne la data, conservarne il deposito, e rilasciarne le copie di prima edizione e le copie conformi. Legge del 23 novembre 1819, art. 1. Adunque, la loro competenza è generale di sua natura, e non soffre eccezione che relativamente agli atti, per la stipulazione dei quali la legge ha specialmente ed esclusivamente designati uffiziali pubblici di un altro ordine (1).

* I notai esercitano le loro funzioni nel comune stato loro assegnato col decreto di nomina. Non ostante l'obbligo di residenza nel comune assegnato, i notai possono esercitare le loro funzioni in tutta la provincia o valle. Fuori questa non possono ricevere alcun atto. Legge dianzi citata, art. 4, 5 e 6.

I notai non possono ricevere atti, nei quali essi siano personalmente interessati, poco importando che vi figurino nel nome o pel ministero di una persona cointeressata o interessata o interposta (2). Non possono neppure ricevere atti nei quali i loro parenti o affini nella linea retta, in qualunque grado, e, nella linea collaterale, fino al terzo grado inclusivamente, si trovino di essere parti (3). Legge dianzi citata, art. 8.

Gli atti del ministero dei notai debbono essere ricevuti o distesi, sia da due notai, sia da un notaio assistito da due testimoni. Legge citata, art. 9.

Due notai parenti o affini, nella linea retta, in infinito, e nella linea collaterale, fino al terzo grado inclusivamente, non possono concorrere al rogito dello stesso atto. Legge citata, art. 10.

Per esser capace a servire da testimone in un atto notarile, è d'uopo godere della qualità di nazionale, saper firmare ed essere domiciliato nell'ambito comunale in cui l'atto venga stipulato. Legge citata art. 9. Coloro i quali, benchè nazionali, maschi, maggiori, e godenti i dritti civili, si trovino privi del godimento o dell'esercizio dei dritti politici, sono incapaci, finchè duri tale stato di privazione, di servire da testimonii in un atto notarile. Tali sono gl'individui condannati ad una pena afflittiva, anche dopo

(1) Confr. art. 277. e 400. Sonovi alcuni atti, pei quali la competenza dei notai concorre con quella di altri uffiziali pubblici. Tali sono, per esempio, gli atti di offerte reali, ed i protesti. Art. 773.

(2) Duranton, XIII, 28; Boonier, n. 357.

(3) Un notaio può forse validamente ricevere atti nei quali uno dei suoi parenti o affini nel grado proibito figuri, non già come parte, ma come mandatario di una delle parti? Può egli forse ricevere atti per una società anonima, benchè uno dei suoi parenti o affini sia azionista od anche amministratore di tale società? Queste due quistioni sono state risolute affermativamente dalla Corte reale di Grenoble 7 luglio 1830, Sir., XXXIII, 2, 417. Ma può dubitarsi, se queste soluzioni sieno conformi allo spirito della legge.

la espiazione della pena. Confr. art. 17, ll. pp.

Gl'individui che in sè riuniscano le condizioni di capacità indicate di sopra, non possono, malgrado ciò, servire da testimoni quando fossero, sia parenti o affini, nella linea retta, in qualsivoglia grado, e nella linea collaterale, fino al terzo grado inclusivamente, sia servidori (1), o aiutanti (2) del notaio. Legge citata, art. 10.

Due individui parenti o affini tra loro, ma che nol siano, nè del notaio, nè delle parti, per esempio, due fratelli possono servire da testimonii in uno stesso atto.

La mancanza assoluta di capacità, o l'incapacità relativa d'uno dei testimoni, trae seco, in generale, la nullità dell'atto. Nondimeno, un atto irregolare per ragione della mancanza assoluta di capacità di uno dei testimoni devessere mantenuto fermo, se all'epoca della sua stipulazione un errore comune o pubblico attribuiva a questo testimone la qualità di cui era sfornito (3).

(1) Questo vocabolo indica qui i servidori, i quali, come i giovani di studio non sieno addetti al servizio della persona o della famiglia. Gli individui di questa ultima classe sono assolutamente incapaci di essere testimoni istrumentarii.

(Gli operai che travagliino abitualmente in una fabbrica esercitata da un notaio possono essere assimigliati a' servidori di cui parla l'art. 10 della legge sul notariato, e come tali essere esclusi dalla facoltà di servire da testimoni negli atti fatti dal notaio pel quale travagliano. Brusselles, 4 marzo 1831, *Giur. di B.* 1831, 1, 104; *Giur. del XIX secolo*, 1831, 3, 121).

(2) Che bisogna mai intendere per la espressione: «aiutanti di notaio?». Brusselles, 12 aprile 1810, Sir., XVII, 2, 161. Grenoble, 7 aprile 1827, Sir., XXVIII, 2, 168. Parigi, 13 marzo 1832, Sir., XXXII, 2, 385.

(L'art. 10 della legge del 25 ventoso anno XI non delineando che cosa bisogni intendere per la parola *servidore*, che esso adopera, una corte di appello può, senza espressamente contravvenirvi, decidere che essa non si applichi a' commessi dei negozianti. Brusselles, cass., 8 luglio 1841, *Giur. di B.* 1841.

— Quegli il quale, senza essere iscritto sul quadro degli aspiranti al notariato, travaglia, ma non abitualmente, nello studio di un notaio, non dee necessariamente essere considerato come *aiutante*. — Una pronunziazione che decida questa quistione per la negativa è al coperto dalla cassazione — Non esiste alcuna legge che determini i caratteri dell'*aiutante* di notaio. Brusselles, 7 maggio 1819, *Pasicrisia belga*, sotto questa data; Dalloz, X, 492).

(3) Duranton, XIII, 23; Bonnier, n. 363. Ric. rig. 28 luglio 1831, Sir., XXXII, 1, 174. Ric. rig., 24 luglio 1839, Sir.; XXXIX, 1, 653. Conf. in particolare, sulla incapacità risultante dalla mancanza di età: Aix, 30 luglio 1838, Sir., XXXIX, 2 85.

(Sotto la legislazione attuale, la capacità putativa di un testimone istrumentario può, come sotto l'impero del dritto romano e sotto l'antica legislazione francese, essere sufficiente per rendere valido l'atto nel quale egli sia intervenuto quando il comune errore, che gli attribuisca siffatta capacità, abbia per base un possesso di stato costante, il quale supponga la qualità d'onde risulterebbe la capacità reale. Brusselles, 30 maggio e 26 dicembre 1831, *Giur.*

Ogni notaio è obbligato, sotto pena di ammenda, di enunciare negli atti che riceva o distenda, il suo nome ed il luogo della sua residenza, non che i nomi, i cognomi, le qualità ed i domicilii delle parti o dei testimonii che fossero chiamati per attestare la individualità delle parti. La mancanza o l'irregolarità dell'una o dell'altra di tali enunciazioni produce la nullità dell'atto (1). Legge dianzi citata, art. 13. e Decreto del 12 settembre 1828.

Gli atti notarili debbono, sotto pena di nullità, enunciare: 1. i nomi e il domicilio dei testimoni istrumentarii, vale a dire, di quelli che non sono chiamati soltanto per attestare l'individualità delle parti, ma per assistere alla confessione stessa degli atti (2); 2. il luogo (3), l'anno ed il giorno in cui sieno stipulati. Legge citata, art. 13, comma 2. Il luogo è sufficientemente indicato mercè l'enunciazione della città o del comune in cui l'atto sia stipulato, senza che fosse necessario di indicare in un modo speciale la casa in cui sia stato ricevuto *(locus loci)* (4). Quanto alla enunciazione dell'anno e del giorno, questa, per essere compiuta, deve comprendere necessariamente quella del mese. Del resto, l'enunciazione dei diversi elementi che costituiscono la data degli atti notarili è suscettiva di essere sostituita mercè enunciazioni perfettamente equipollenti.

La legge vuole che gli atti notarili sieno scritti in un solo e medesimo contesto, legibilmente, senza abbreviature, spazii in bianco, lacune o interstizii, e senza ricalcature, interlinee, nè aggiunzioni nel corpo degli atti. Ma la inosservanza di queste prescrizioni non trae seco che un'ammenda contro il notaio, e non ha in generale, influenza sulla validità degli atti. Nondimeno, le parole ricalcate, interlineate, o aggiunte nel corpo di un atto, sono nulle, e la nullità di queste parole trascina quella dell'intero atto, quando esse versino sopra enunciazioni essenziali alla validità dell'atto. Per tal guisa, a cagion di esempio, la ricalcatura, o l'inserzione, per via d'interlinee, della data o di uno degli elementi di cui essa si compone, produce la nullità dell'atto intero (5). Legge citata, articolo 24 e Decreto del 1828.

* Se occorre nella compilazio-

di B. 1831. 1, 159, e 1832. 1, 111; *Giur. del XIX secolo*, 1831. 3, 126, e 1830. 1, 43; Dalloz, X, 483).

(1) Duranton XIII, 39 e 41. Bonnier, n. 370. Conf. Toullier, VIII; 84. È mestieri nondimeno osservare, che in mancanza di sufficiente indicazione delle parti, l'atto potrebbe nel fatto rimanere inefficace.

(2) Conf. Bourges, 9 marzo 1836, Sir. XXXVI 2, 347.

(3) Conf. Rennes, 9 marzo 1809, Sir., IX, 2, 347.

(4) Toullier, VIII, 82. Merlin, *Quest.* v. Data, § 2 Bonnier, n. 368. Caen 12 novembre 1844, Sir., XVI, 2 361. Brusselles, 10 giugno 1819, Sir., XXI, 2, 175. Ric. rig. 23 novembre 1825, Sir., XXVI, 1, 157. Riom, 18 maggio 1841, Sir., XLI, 2, 571.

(5) Merlin, *Rep.*, v. Ratifica, § 9. Duranton, XIII, 52. Bonnier, n. 373. Ric. rig. 27 marzo 1812, Sir., XII, 1, 369. Conf. nondimeno: Toullier, VIII, 114.

ne dell'atto di levare, variare o aggiungere qualche cosa, debbono interlinearsi le cose levate in modo che si possano leggere anche dopo. Iacendosene analoga annotazione in margine o in fine, e possono apporsi le necessarie postille o in margine o in fine; purchè le annotazioni e le postille vengano sottoscritto dalle stesse persone che debbono firmare il rogito. Se le postille saranno fatte in margine, si dovrà nelle sottoscrizioni indicare il numero delle parole, specificandone la prima e l'ultima. Le annotazioni e le postille non eseguite nel modo sopra indicato si hanno per non fatte. *

Gli atti notarili debbono, sotto pena di nullità, essere firmati (1) dalle parti, dai testimoni e dai notai, e contenere la menzione dell'adempimento di tale formalità (2), per quanto riguarda le parti, ed i testimonii (3). L'esistenza materiale delle loro firme non covrirebbe la nullità risultante

(1) Vedi intorno a ciò che costituisca la firma: § 666.

(2) Non è assolutamente necessario che la menzione della soscrizione delle parti e de' testimoni si trovi collocata nella fine dell'atto. L'art. 14 della legge del 25 ventoso anno XI sembra, egli è vero, esigerlo, dicendo: « I quali debbono fare menzione *nella fine dell'atto*». Ma queste ultime espressioni debbono considerarsi meno come imperative o dispositive, che come semplicemente indicative o regolamentarie. Di fatti, è cosa evidente che la menzione della soscrizione delle parti e de' testimoni, o che si trovi nel cominciamento o che si trovi nella fine dell'atto, precede necessariamente l'apposizione effettiva delle soscrizioni, e che nell'uno, come nell'altro caso, riceve una compiuta sanzione dalla soscrizione del notaio, la quale non viene apposta che dopo l'adempimento di tutte le altre formalità. Non potrebbesi dunque ammettere che il legislatore abbia voluto far dipendere la validità degli atti notarili dal luogo in cui si trovasse la menzione delle soscrizioni delle parti e de' testimoni, luogo, che in sè medesimo è affatto indifferente; e se egli è così, la nullità pronunziata dall'art. 68 della legge del 25 ventoso anno XI, contro ogni atto fatto in contravvenzione dell'art. 14, dee, per quanto concerne le menzioni relative alla soscrizione delle parti e de' testimoni, essere ristretta alla mancanza o alla irregolarità di queste menzioni, senza poter essere estesa al caso in cui tali enunciazioni, d'altronde regolari e compiute, in vece di trovarsi nella fine dell'atto, fossero collocate nel cominciamento di esso. Torino, 25 febbraio 1810. Sir., XI. 2, 6. Civ. rig. 4 giugno 1823. Sir., XXIII, 1. 265. Metz, 22 gennaio 1833, Sir., XXXV, 2. 70. Poitiers, 10 aprile 1842, Sir., XLIII, 2, 268.

(3) L'art. 68 della legge di ventoso anno XI, combinato coll'art. 14 sembrava che attaccasse la pena di nullità alla mancanza della soscrizione de' notai, come alla mancanza di menzione della soscrizione delle parti e de' testimoni. Nondimeno, il consiglio di Stato, consultato su questo punto, decise il contrario con un parere del 18-20 giugno 1810, fondandosi principalmente sulla risoluzione del 15 pratile dell'anno XI. Vedi altresì nel senso di questo parere: Civ. cass., 11 marzo 1812, Sir., XII, 1, 353.

te dalla mancanza di questa menzione (1).

Se le parti o una di esse non sappiano o non possano firmare, il notaio deve, sotto pena di nullità, far menzione delle loro dichiarazioni relativamente a ciò. Vedi il n. 3 del menzionato Decreto, e legge citata, articolo 15. La semplice enunciazione, inserita nell'atto, che le parti o una di esse non sappiano o non possano firmare, non sarebbe sufficiente (2). Ma non è necessario che le parti, le quali dichiarino di non poter firmare, indichino nello stesso tempo la causa dell'impedimento (3).

I notai sono obbligati di conservar minuta degli atti che ricevano o distendano. Tale regola, prescritta sotto pena di nullità, soggiace nondimeno ad eccezione, per alcune classi di atti che i notai sono specialmente autorizzati a rilasciare in brevetto (4). Vedi n. 5 del citato Decreto del 1828, e legge citata, art. 30 a 32 e 34.

La mancanza di registratura degli atti notarili nel termine stabilito a tal effetto, non toglie loro il carattere dell'autenticità e non impedisce neppure che abbiano data certa (5).

2. Della forza probante degli atti autentici (6).

Il grado di fede attribuito agli

(1) Brusselles, 26 aprile 1806, Sir., VII, 2, 1222. Civ. rig. 6 giugno 1821, Sir., XXIII, 1, 41. Bourges, 28 luglio 1829, Sir., XXIX, 2, 297.

* Confr. art. 14 della citata legge, comb. col n. 3 del detto decreto. La menzione della soscrizione pare che non sia richiesta.

(2) Confr. nondimeno: Grenoble, 20 gennaro 1830, Sirey, XXX, 2, 133.

(3) Altrimenti è nei testamenti per atto pubblico. Vedi art. 899.

(4) Una dichiarazione del re del 7 settembre 1723, la quale è anche oggidì in vigore, determina quali atti possano essere rilasciati in brevetto.

** Ciò vien dichiarato dal detto art. 34 della detta legge. Conf. ministeriali del 23 giugno e 5 agosto 1826, del 3 gennaio 1829, del 22 giugno 1831, e del 18 gennaro 1834.

(5) Vedi ancora, nel senso della proposizione emessa nel testo: Championnière e Rigaud *Trattato dei diritti di registratura*, IV, 3811; Bourges, 17 maggio 1827, Sir., XXIX, 1, 109.

(6) Conf. su questa materia: Dumoulin, *Commentarii in consuetudines parisienses*, tit. I, § 8, n. 10 e 64. La compilazione degli artic. 1273, 1274 e 1275 i quali trattano della forza probante degli atti autentici, è ad un tempo stesso incompiuta e scorretta. Ed in vero, da un canto, questi articoli non indicano i fatti di cui gli atti autentici facciano fede fino alla iscrizione in falso. Da un altro canto, essi confondono la quistione di sapersi quale sia il grado di fede dovuto agli atti autentici, considerati siccome mezzi di prova, con la quistione di sapersi quale sia, tanto fra le parti, quanto riguardo a' terzi, l'efficacia delle convenzioni, disposizioni, dichiarazioni o enunciative contenute in somiglianti atti. Questa confusione, la quale si ravvisa soprattutto nel secondo comma dell'art. 1273, ove trattasi delle cause che possono arrestare l'esecuzione

atti autentici varia secondo la natura dei fatti, per la pruova dei quali vengano invocati (1).

1) Ogni atto autentico fa fede (2), fino all'iscrizione in falso, dei fatti materiali che il pubblico uffiziale vi abbia enunciati, come quelli che abbia egli stesso adempiuti, o come quelli che sieno seguiti in sua presenza (3).

Laonde, gli atti autentici fanno fede, fino all'iscrizione in falso, della data che portano, delle firme che vi sieno apposte, e dell'osservanza delle altre formalità di cui essi menzionino l'adempimento. Così ancora, essi provano, fino all'iscrizione in falso, che le parti abbiano realmente fatte le dichiarazioni o le enunciative che

di una convenzione comprovata con atto autentico, spiega perchè il primo comma di quest'articolo, e l'art. 1274, sembrino restringere alle parti contraenti la fede dovuta agli atti autentici, mentre nondimeno gli è certo, il carattere di autenticità, dal che deriva la loro forza probante, essere indivisibile, ed esistere relativamente a' terzi, ugualmente che tra le parti. Confr. *Rapporto fatto al tribunato* da Jauber, Locrè, *Legisl.* t. XII, n. 8.

* (1) *Dritto Romano.*— Secondo le romane leggi la prova per iscritto consisteva in istromenti. Comunque sotto nome d'istromento si comprendessero i testimonii, e tutto ciò che serviva ad istruire il giudice sulla verità della cosa l. 99. § *ult. ff de verb. sign.;* pure, prendendo questo termine nel suo più stretto senso, significava una scrittura comprovante le cose che si erano fatte l. 4, ff *de fide instr.*, l. 4, ff *de pignor. et hypot.* Questa scrittura si divideva in *pubblica* ed in *privata*. La pubblica era quella che si faceva mediante la pubblica autorità, come i libri del censo, ed altri atti pubblici l. 10, ff *de probat.*, l. 25, l. 27, l. 30, l. 31, *Cod. de donat.*, l. 2, l. 18, *Cod. de testam.*, l. 2, *Cod. quemad. test. aper. inspic.*, 2, *inst. de donat.* Pubblica dicevasi eziandio quella scrittura che si faceva in forma solenne da una pubblica persona, come da un notaro l. 17, *Cod. de fid. instr.*, *l. ult. Cod. de iur. delib.*, i requisiti della quale scrittura si possono leggere nella nov. 44, cap. 1 e 1, nov. 47, cap. 1. § 1, nov. 73, cap. 1. 2, 5, nov. 74, cap. 4, § 1. 3. l. 3. *Cod. de tabular.*, ritenendo che fra questi requisiti eravi eziandio quello del luogo, *arg. l.* 14, *Cod. de contr. et comm. stipul.*, § 12, *instit. de inut. stipul.*, comunque l'Einecio, e qualche altro autore, l'abbia tralasciato, forse credendo che per la nov. 47, cap. 1, § 1. non fosse necessario. Ma è da riflettersi che ivi l'imperadore non solo disse di non voler cambiar alcuna cosa del diritto antico, il quale esigeva che nelle pubbliche scritture si nominasse il luogo in cui si facevano, ma ancora ordinò che vi si dovesse scrivere l'anno della città, lo che necessariamente importa che esprimere si dovesse il luogo.

** Era uguagliata alla pubblica scrittura quella la quale portava la sottoscrizione di tre testimonii, sebbene fosse stata fatta da persone private *l. pen. Cod. qui pot. in pign. hab.* Fin qui della scrittura pubblica; della privata ragioneremo in appresso.

(2) La fede dovuta agli atti autentici è indipendentemente da ogni riconoscimento o verificazione precedente delle firme delle parti.

(3) Confr. art. 47. Vedi altresì la nota precedente e le note seguenti.

il pubblico uffiziale vi abbia riportate. In fine, quando un atto autentico assicuri che sia seguita in presenza del pubblico uffiziale la numerazione d'una somma di danaro da una delle parti; e la consegna delle monete all'altra, l'atto fa fede di questi fatti fino all'iscrizione in falso (1).

Per contrario, un atto autentico non fa pruova, fino all'iscrizione in falso, dei fatti puramente morali che vi fossero riportati, vale a dire, dei fatti di cui il pubblico uffiziale non abbia potuto convincersi colla testimonianza dei suoi sensi, o che non abbia per conseguenza potuto enunciare se non come l'espressione della sua personale opinione. Quindi per esempio, un atto di donazione o un testamento per atto pubblico, nel quale il notajo che l'abbia ricevuto avesse dichiarato che il donante o il testatore era sano di mente, non farebbe pruova di tal fatto (2).

Da un altro canto, gli atti autentici non fanno pruova, fino all'iscrizione in falso, della sincerità o della verità intrinseca delle dichiarazioni che il pubblico uffiziale vi abbia riportate, come fatte in sua presenza dalle parti. Questa proposizione verrà più ampiamente sviluppata nel n. 2.

La procedura speciale e complicata del falso incidente è regolarmente l'unica via aperta, sì alle parti ed ai loro successori universali, sì ai terzi, per combattere i fatti compruovati da un atto autentico, e che entrino nella classe di quelli di cui l'atto fa fede fino all'iscrizione in falso (3). Adunque, colui che intenda di porre in contestazione un simil fatto non è ammesso nè a far interrogare il suo avversario sull'esistenza di questo fatto, nè a deferirgli un giuramento decisorio (4) in ordine a ciò. Ei non sarebbe neppure ammessibile a provare, mercè una pruova testimoniale ordinaria, o la falsità del fatto di che trattasi, o la falsità di altri

(1) Se un atto di vendita, fatto da più persone, assicurasse che il compratore abbia numerato il prezzo ai venditori congiuntamente, il giudice non potrebbe fare astrazione da questo fatto, per dichiarare che la vendita sia stata senza prezzo riguardo ad uno dei venditori Civ. cass., 12 agosto 1812, Sir., XIII, 1, 9.

(2) *Tabellarius non potest instrumentum conficere, nisi de eo tantum quod in sui praesentia geritur a partibus, et ab eorum consensu pendet, cuius notitiam et scientiam habet propriis sensibus visus et auditus.* Dumoulin, *op. et § cit.* n. 64. Vedi altresì: Ric. rig., 14 febbraro 1828, Sir., XXVIII, 1, 339; Civ. rig., 18 agosto 1840, Sir., XL, 1, 785.

(3) Civ. cass. 2 giugno 1834. Sir., XXXIV, 1, 583. Noi non dobbiamo occuparci del falso principale pel quale proceda dinanzi la giustizia criminale il ministero pubblico, nè dell'azione di risarcimento di danni ed interessi instituita dalla parte lesa contro l'autore di un reato di falso o contro i suoi eredi. Vedi sul falso incidente civile: Codice di procedura, art. 309 e sul falso incidente criminale: Codice d'istruzione criminale, art. 430 e seg.

(4) Duranton, XIII, 379. Bonnier, n. 300.

fatti che a quello fossero direttamente contrarii: e ciò quando ancora egli producesse un principio di pruova scritta in appoggio delle sue allegazioni. Nondimeno, i giudici potrebbero, senza previa iscrizione in falso, dichiarar falso e rigettare come un atto autentico, di cui il contesto, la forma e il complesso presentassero dei vizii talmente materiali e palpabili, che la semplice ispezione oculare bastasse per rendere evidente la falsità o l'alterazione dell'atto (1).

2) Gli atti autentici fanno piena fede, non solamente tra le parti, ma eziandio contro i terzi (2), della esistenza dei fatti giuridici che ne formino la materia, vale a dire, delle convenzioni, delle disposizioni, dei pagamenti, delle ricognizioni, delle interpellazioni, che vi sieno contenute, non che della realtà del carattere il quale sia loro attribuito, e dei modi i quali vi siano annessi. Risulta da ciò, per esempio, che colui il quale alleghi, o contro la persona con cui abbia contratto, o contra un terzo, una convenzione o un pagamento comprovato da un atto autentico, è dispensato da ogni altra pruova, e che il giudice non può, in vista della produzione dell'atto, ricusarsi dal tenere per costanti il pagamento o la convenzione.

La fede che è inerente agli atti autentici per quanto concerne la esistenza e la sincerità dei fatti giuridici che essi assicurino, è ben loro dovuta fino alla pruova contraria, ma non fino all' iscrizione in falso. Questa fede non è di ostacolo che le convenzioni, le disposizioni, o le dichiarazioni, che essi contengono, possano essere impugnate di nullità o a seguito di simulazione, sia da terzi, sia anche da una delle parti (3). Laonde, colui al quale si opponga un atto autentico di vendita, è autorizzato a provare che la convenzione intervenuta realmente tra le parti non sia già una vendita, ma bensì un semplice pegno mascherato sotto l' apparenza di una vendita. Quindi an-

(1) Merlin, *Quest.*, v. Iscrizione di falso, § 1. Carrè, *Leggi della procedura civile*, n. 868. Ric. rig., 18 agosto 1813, Sir., XIV, 1, 40. Ric. rig., 12 gennaro 1833, Sirey, XXXIV, 1, 798. Conf. Ric. rig., 23 agosto 1836, Sir., XXXVI, 1, 740.

(2) *Nec obstat* art. 1273, comma 1, Toullier, VIII, 148. Duranton, XIII. 80 ed 81. Bonnier, n. 392.

(3) Siffatte impugnazioni, unicamente relative ai caratteri intrinseci ed alla efficacia delle convenzioni, delle disposizioni o delle dichiarazioni, contenute in un atto autentico, sono evidentemente estranee a quest'atto, considerato siccome mezzo di prova, e non hanno in alcun modo rapporto alla fede che gli è dovuta. Di fatti, la proposizione enunciata nel testo è generalmente ammessa dagli autori e dalla giurisprudenza. Toullier, VIII. 122. Duranton, XIII. 84 ed 85. Bonnier, n. 291. Boncenne, *Teoria della procedura*, IV, 35; Civ. cass., 10 giugno 1816, Sir., XVI, 1, 447. Ric. rig., 5 febbraro 1828, Sir., XXVIII, 1, 232. Ric. rig., 31 luglio 1833, Sir., XXXIII, 1, 840. Ric. rig., 4 febbraro 1836, Sir., XXXVI, 1, 839. Ric. rig., 1 marzo 1837, Sir., XXXVII, 1, 895.

cora, il debitore, contro di cui si agisce per la restituzione d'un prestito di danari, comprovato da un atto notarile che menzionasse la numerazione delle monete in presenza del notaio, sarebbe ammesso ad impugnare l'obbligazione come infetta di usura provando che la numerazione delle monete non sia stata che un simulacro, e che in realtà il creditore non siasi spossessato della somma in vantaggio di lui. A maggior ragione, il creditore terzo pignorante, a cui il terzo pignorato opponesse una quietanza notarile menzionante la numerazione delle monete in presenza del notaio, sarebbe ammesso a provare ch' essa non sia stata effettiva.

Da un altro canto, la fede dovuta agli atti autentici, quanto alla esistenza ed alla sincerità dei fatti giuridici che essi comprovino, non impedisce che una delle parti, o i terzi, possano provare che un atto di questa specie non enuncii in un modo esatto e compiuto ciò che sia seguito tra le parti, e soprattutto che la convenzione o la disposizione, cui essa contenga, sia stata modificata mercè clausole accessorie che non vi sieno espresse. Per tal modo il venditore, contro di cui si chieda l'esecuzione di una vendita contenuta in un atto notarile il quale indichi questa vendita come pura e semplice, è ammesso a provare che essa vendita sia stata conchiusa sotto una condizione sospensiva o risolutiva qualunque e soprattutto colla facoltà della ricompra.

Colui che arguisca di simulazione una convenzione, una disposizione, o una dichiarazione qualunque, racchiusa in un atto autentico, ovvero pretenda che la convenzione o la disposizione sia stata modificata mercè clausole accessorie le quali non trovinsi espresse nell'atto, può far interrogare il suo avversario sopra fatti e circostanze, o deferirgli un giuramento decisorio. È ugualmente autorizzato, quando possegga un principio di pruova scritta, a provare per mezzo di testimonii il fatto della simulazione e l'esattezza delle clausole accessorie che egli alleghi. Inoltre: nel caso di una simolazione che implichi una frode contra la persona o contro la legge, l'esistenza può esserne stabilita, anche senza principio di pruova scritta, sia per mezzo di una pruova testimoniale, sia col soccorso di semplici presunzioni, non solo dai terzi, ma ancora da una delle parti che abbia figurato nell'atto. Per tal modo, a cagion d'esempio, il debitore convenuto per l'esecuzione di una obbligazione, che egli pretenda essere infetta di usura, è ammesso a stabilire, mercè semplici presunzioni, la simulazione della numerazione e della consegna delle monete comprovata nell'atto.

3) L'atto autentico fa fede non solamente dell'esistenza della convenzione o della disposizione per la comprovazione della quale esso sia stato disteso, ma ancora dei fatti o degli atti giuridici anteriori, i quali vi sieno riferiti in termini semplicemente enunciativi,

purchè l'enunciativa abbia un rapporto diretto colla convenzione o colla disposizione principale. Quindi, allorchè in un titolo novello, stipulato in ricognizione di una rendita perpetua, siasi detto che l'ammontare primitivo della rendita sia stato ridotto per effetto di una soddisfazione parziale del capitale, e che le annualità ne sieno state pagate fino ad una data epoca, avendo tali enunciative un rapporto diretto colla ricognizione della rendita, l'atto ne fa piena fede come dell'obbligo principale.

Quanto alle enunciative estranee alla convenzione o alla disposizione, in comprovazione della quale formi l'oggetto principale di un atto autentico, esse non possono servire che come un principio di pruova scritta (1). Articolo 1274.

Gli atti autentici fanno fede delle enunciative direttamente relative al fatto giuridico che ne formi l'oggetto principale, non solamente fra le parti, ma ancora riguardo ai terzi (2). Così, nella

(1) Allorchè trattisi di una enunciativa estranea alla convenzione o alla disposizione che l'atto abbia per principale oggetto il comprovare, non può presumersi che le parti abbiano fissata la loro attenzione sul fatto enunciato, nè per conseguenza che abbiano inteso di dover questo fatto essere riguardato siccome riconosciuto da esse. Ma tutt'altrimenti è quando trattisi di un fatto, il quale abbia una relazione diretta con la convenzione o la disposizione principale. *Esposizione dei motivi*, di Bigot-Preameneu, Locrè, *Legisl*, t. XII, n. 188.

(2) Toullier, VIII, 161 e Duranton, XIII, 98 insegnano per contrario, che gli atti autentici non abbiano, relativamente a' terzi, veruna forza probante, per quanto concerne le enunciative, tuttochè direttamente relative alla convenzione o disposizione principale. Ma ci sembra, essere questi autori, sotto tale rapporto, caduti nella confusione di idea che noi abbiamo di già indicata altrove. Le enunciative di cui si tratta valgono tra le parti come confessione o riconoscimento dei fatti sui quali esse versino. L'atto che le contenga prova l'esistenza di questa confessione o di questo riconoscimento; e siffatta prova è da esso atto somministrata riguardo ai terzi del pari che fra le parti. Ed in vero, come mai il terzo, al quale si opponesse quest'atto, potrebbe sostenere che esso non provi, quanto a lui, la confessione o il riconoscimento tacito da canto di una delle parti sui fatti enunciati nell'atto? Gli elementi sui quali è fondata questa confessione, cioè, la stessa enunciazione e la mancanza di protesta da canto di quella delle parti che avrebbe avuto interesse di contraddire a' fatti enunciati, forsechè non esistono e non si trovano comprovati pei terzi come per le parti stesse? Che se si domandi, quale possa essere, in rapporto ai terzi, l'effetto di semplici enunciative contenute in un atto, converrà, siccome noi lo facciamo nel prosieguo del testo, distinguere fra le enunciative che versino sopra diritti o sopra fatti giuridici suscettivi di essere costituiti o riconosciuti dalle parti; e le enunciative che versino su dritti che la volontà sola delle parti, le quali figurino nell'atto, sia impotente a stabilire. Indarno si ricorrerebbe, per combattere questa maniera di vedere, alle parole dell'articolo 1274 « fa pruova tra le

ipotesi indicata qui sopra, l'enunciativa relativa alla riduzione della rendita, ed al pagamento delle annualità, può essere opposta dal debitore, anche ad un creditore terzo pignorante o al cessionario della rendita (1).

Del resto, va ben inteso che una semplice enunciativa contenuta in un atto autentico non può giammai essere invocata contro di un terzo, vale a dire, contro di una persona che non abbia figurato nell'atto e che non vi sia stata rappresentata, come titolo costitutivo di un dritto il quale non era nel potere di una delle parti di stabilire in favore dell' altra. Così quando l' atto di vendita di una cosa enuncii che esista a vantaggio di quest'immobile un dritto di veduta o di passaggio sull'aia del vicino, questa enunciativa, benchè direttamente relativa alla convenzione principale, non forma pel compratore un titolo in virtù del quale egli possa reclamare la servitù. Similmente, quando in un atto di vendita siasi detto che il venditore abbia acquistata la proprietà dell' immobile venduto, mediante un contratto, la cui data sia indicata, siffatta enunciativa non autorizza il compratore a sostenere che il possesso del suo autore fosse fondato su d'un titolo, per congiunger tale possesso al suo proprio, come utile per la prescrizione dei dieci o venti anni.

Il principio, che le semplici enunciative contenute in un atto autentico non formano titolo contro terzi è assoluto, sotto l'impero del Codice civile, e non soggiacerebbe più ad eccezione nel caso in cui enunciazioni racchiuse in atti antichi si trovassero appoggiate su di un possesso conforme (2).

parti », parole che sembrano implicitamente negare, relativamente ai terzi, ogni forza probante alle semplici enunciative contenute in un atto autentico. Questa obbiezione va confutata mercè una riflessione ben semplice. L'art. 1273 contiene, al pari dell'artic. 1274, le parole che sono state ora citate. Se dunque dovessesi conchiudere, *a contrario sensu*, dall'art. 1274, che l'atto autentico non faccia fede, riguardo ai terzi, delle enunciative che esso contenga, l'art. 1273 somministrerebbe la stessa induzione per quanto concerne la convenzione o disposizione principale, e non per tanto tutti sono di accordo nel respingere questa induzione, e nel riconoscere, che per quanto concerne la convenzione o disposizione principale, l'atto autentico faccia piena fede riguardo ai terzi, come fra le parti.

(1) Secondo il sistema che noi abbiamo combattuto nella nota precedente, converrebbe negare alla menzione della riduzione della rendita, o del pagamento delle annualità, ogni fede riguardo al terzo pignorato o al cessionario. Questa conseguenza, evidentemente inammessibile, compie di dimostrare la fallacia del sistema che vi mena.

(2) Altra fiata tenevasi per principio, che le enunciative contenute in atti antichi dovessero, quando si trovassero sostenute da un lungo possesso, far presumere, anche riguardo ad una persona terza, l'esistenza di un titolo regolare procedente da questa persona o da uno dei suoi autori, e supplire così alla

Per eccezione alle regole qui sopra sviluppate; le contro-scritture (1), vale a dire, gli atti i quali contengono modificazioni o derogazioni apportate dalle parti ad una disposizione comprovata da un atto anteriore, ed i quali sono, il più sovente, destinati a rimaner segreti, non possono essere opposte a' terzi, quando ancora sieno state fatte in forma autentica. Debbonsi, sotto questo rapporto, considerare come terzi tutti coloro che dovrebbero riguardarsi come tali, se si trattasse dell' applicazione dell'articolo 1282 (2). Del rimanente, le stipulazioni contenute in una contro-scrittura, o autentica o anche privata, sono obbligatorie tra le parti, secondo le regole ordinarie sulle convenzioni (3). Per tal guisa soprattutto, il compratore di un immobile, il quale siasi obbligato mediante una contro-scrittura, di pagare un prezzo maggiore di quello che indichi l'atto di vendita, è legalmente tenuto di adempiere a tale obbligazione (4). Art. 1275.

mancanza di giustificazione di questo titolo. *In antiquis verba enunciativa plene probant, etiam contra alios et in praeiudicium tertii.* Dumoulin, *op. cit.* id. 1. § 8, n. 76 Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 740. Questa dottrina, ammessa soprattutto in materia di servitù, e come correttivo della regola consuetudinaria: *Niuna servitù senza titolo*, ci sembra essere stata formalmente proscritta dell'artic. 616 del Codice civile. Duranton, XIII, 98. Pardessus, *delle Servitù*, n. 268. Bonnier, n. 394. Vedi nondimeno in senso contrario, Toullier, VIII, 164 e seg.

(1) Vedi su questa materia: Plasman, *Trattato delle contro-scritture.*

(2) La disposizione dell'art. 1275, il quale niega alle contro-scritture ogni effetto riguardo a' terzi, ha per iscopo il prevenire le frodi cui le parti che figurino in un atto potrebbero praticare in pregiudizio di terzi, lasciando loro ignorare l'esistenza della contro-scrittura con la quale quest' atto fosse stato modificato o rivocato. Siffatta disposizione essendo fondata sopra un motivo analogo a quello che serve di base allo art. 1282, dev'essere applicata con lo stesso spirito che quest' ultimo articolo Vedi altresì: Duranton, XIII, 104 e 105; Toullier, VIII, 182; Plasman, § 4; Bonnier, n. 399 e 400; Ric. rig., 18 dicembre 1810, Sir., XI, 1, 82; Nimes, 14 aprile 1812, Sir., XIII, 1. 216: Ric. rig, 25 aprile 1826, Sir., XXVI, 1. 429; Bordeaux, 25 luglio 1826, Sir., XXVII, 2, 41; Civ. cass., 23 febbraro 1835, Sir., XXXV, 1, 351; Parigi 29 aprile 1837, Sir., XXXVII, 2, 245; Lione, 21 giugno 1837, Sir., XXXVII, 2, 444; Civ. cass., 16 dicembre 1840, Sir., XLI, 1, 167.

(3) Confr. nondimeno: art. 1350.

(4) Onde prevenire, per quanto sia possibile, le frodi che si commettono in pregiudizio del tesoro, mediante la dissimulazione di una porzione del prezzo negli atti di vendita, l'art. 40 della legge del 22 frimale anno VII, aveva dichiarata nulla e di niun effetto ogni contro-scrittura fatta con atto privato, la quale avesse per oggetto un aumento del prezzo stipulato in un altro atto. Ma questa disposizione è stata virtualmente abrogata dall'art. 1275. Ciò risulta chiaramente dalla discussione cui fece sorgere nel consiglio di Stato la proposta fatta da Duchatel, direttor generale del registro,

3. Degli atti nulli come atti autentici (1).

di proscrivere in un modo assoluto l'uso delle contro-scritture: discussione, in conseguenza della quale la sezione di legislazione compilò l'art. 1275, il quale non esisteva nel progetto del Codice. Vedi: Locré, *Legisl.*, t. XII, n. 7. Vedi altresì: *Esposizione dei motivi*, di Bigot-Preameneu (Locré, *Legisl.*, t. XII, n. 189) Toullier, VIII, 186 e 187); Duranton, XII, 10. Bonnier, n. 403; Delvincourt, II, 819; Chardon, *del Dolo e della frode*, II, n. 51; Civ. rig., 10 gennaro 1819, Sir., XIX, I, 151; Aix, 21 febbraro 1832, Sir., XXXII, 2, 263; Dijon, 9 luglio 1828, Sir., XXVIII, 1, 687. Vedi in senso contrario: Merlin, *Quest.*, v. Contro-scrittura, § 3. Rolland de Villargues, *Repertorio del notariato*, v. Contro-scrittura, n. 12; Plasman, § 13; Brusselles, 25 marzo 1812, Sir., XIII, 2, 351; Metz, 17 febbraro 1819, Sir., XIX, 2, 199.

(Una contro-scrittura non registrata, la quale porti aumento del prezzo di affitto convenuto con atto notarile, è colpita da una nullità assoluta. Brusselles, 15 marzo 1821. *Giur. di B.*, 1821, 1, 228; *Giur. del XIX secolo*. 1832, 2, 263; Dalloz, XXI, 119; Pailliet, sull' art. 1275, n. 4.

—Il venditore non può far interrogare il compratore sopra fatti e circostanze, affin di provare una convenzione la quale avesse aumentato il prezzo della vendita; perchè questa convenzione sarebbe, come contro-scrittura, colpita di nullità dall' art. 40 della legge del 22 frimale anno VII; Liegi, 22 dicembre 1817, *Pasicrisia*, sotto questa data).

* (1) *Diritto Rom.*— Gli atti che si facevano avanti un magistrato, od un notaio che tale non era, non avevano sempre la stessa forza. Imperciocchè se quegli avanti di cui

Allorchè un atto, che le parti avevano l' intenzione di rivestire si celebrava l'atto da pochi era riputato un magistrato, od un notaro, l'atto non sussisteva, sia perchè essendo quello un supino errore non meritava scusa l. 6, t. 9, § 2, ff *de jur. et fact. ignor.*, *arg. l.* 7, § 7, *ff ad S. C. Macedon.*, mentre ognuno conoscer doveva la condizione di quegli avanti di cui contraeva nel modo stesso che la doveva conoscer di quello con cui contraeva l. 19, *ff de reg. iur.*, sia perchè non potendo i privati coi loro patti dare giurisdizione e potestà a chi non l'aveva, talchè tutto ciò che da costui procedeva, era inutile l. 3, *Cod. de iurisd. omn. iud.*, neppure lo potevano con un errore non comune, il quale escludeva il consenso. Se poi l'errore era comune, allora, o il magistrato o notaro avendo un impedimento legale per essere creato tale, nondimeno ne aveva ottenuto il titolo da chi aveva facoltà di darlo, ovvero non aveva giammai ottenuto simile titolo. Nel primo caso sussistevano gli atti fatti avanti di un tale magistrato o notaro putativo l. 3., ff *de off. praetor.* nel secondo non sussistevano, perchè l'errore essendo dei singoli privati, come tali dovevansi considerare, ed aveva quindi luogo la ragione che si dedusse dalla citata l. 3, *Cod. de iurisdict. omn. iud.* E di vero se un comune errore avesse potuto operare da so solo la validità degli atti che si facevano avanti un magistrato o notaro putativo, non vi sarebbe stato bisogno che gli imperatori Adriano, Severo ed Antonino, per un tratto di loro liberalità, avessero dichiarato sussistere quel testamento, in cui eravi per testimonio un servo riputato comunemente libero § 7, *inst. de testam. ord.* Nè a ciò ripugna che l'errore comune formava legge

dell'autenticità, manchi di questo carattere, sia per l'incapacità del pubblico uffiziale che lo abbia ricevuto, sia per una mancanza di forma, esso vale, malgrado ciò, come scrittura privata, se sia stato sottoscritto dalle parti. Articolo 1272. La forza probante d'un simile atto non è neppure subordinata all'osservanza delle formalità che sarebbero state necessarie per la validità di un atto privato propriamente detto (1). Per tal guisa, un atto notarile, nullo

l. 3, § *ult. ff de supell. leg.*, e che l'eccezione del S. C. Macedoniano non aveva luogo quando si era dato a mutuo qualche cosa ad un figlio di famiglia comunemente creduto un padre di famiglia. Imperciocchè in quanto alla prima legge, come ben riflette il Voet, l'errore comune del popolo formava diritto, perchè le parole valevano, e vagliono tuttavia non per pubblica autorità, ma per l'uso del popolo stesso. In quanto alla seconda legge, dipendeva dallo arbitrio dei privati, dalla morte, e da tanti altri accidenti, che uno fosse piuttosto padre che figlio di famiglia, benchè non intervenisse la pubblica autorità; perchè sembrò che meritasse scusa colui che era stato ingannato da una comune opinione. Quando però l'atto fatto avanti un magistrato od un notaro putativo avesse avuto i caratteri di privata scrittura, sembra che come tale avesse dovuto valere.

(1) L'art. 1272 statuisce sopra atti di una natura affatto particolare, e siccome per attribuir loro la forza probante di atti privati, esso non esige altra condizione che la soscrizione delle parti, così non si può, senza disnaturare la sua disposizione, combinarla con gli art. 1379 e 1280. D'altronde, è cosa ben evidente che le parti, le quali si dirigano ad un pubblico uffiziale per far comprovare le loro convenzioni, non possono pensare ad adempiere formalità che non sono richieste negli atti pubblici; e che subordinando la applicazione dell'art. 1272 all'osservanza delle formalità prescritte dagli art. 1279 e 1280, renderebbesi la sua disposizione presso a poco illusoria. Boncier, n. 377 Vedi in senso contrario: Delv., sull'articolo 1280.

* E Marcadè aggiunge: Delvincourt e Dalloz *(loc. cit.)* propongono per incidenza, ma non risolvono, una questione assai più delicata, ed è, se si possa egualmente far di meno delle regole che si richiedono per le scritture private, e specialmente della necessità delle copie in doppio, quando l'atto autentico nullo come tale, ma sottoscritto dalle parti, fosse stato ricevuto in brevetto, cioè senza minuta, per modo che sarebbe rimasto non nel deposito pubblico del notaro, ma presso una delle parti. Delvincourt si restringe a dire, non essere solito che si faccia in brevetto un atto che interessi più persone; ma, benchè non sempre, pure può avvenire il caso, e difatti è avvenuto; egli è per questo che vuolsi esaminare tal quistione. Dalloz dice essere stata risoluta negativamente da una decisione di Parigi dei 14 agosto 1845. Ma è un errore; quella decisione ha dichiarato l'atto del tutto inefficace, non perchè fatto in brevetto, ma perchè non firmato dal notaro che si pretendeva l'avesse ricevuto; per cui la Corte diceva non poter esso valere, nè come scrittura privata per non essere fatto in doppio, nè come atto autentico, anco irregolare, non essendo ricevuto dall' uffiziale pubblico. La decisione è giustissima, come noi vedremo nel seguente numero, e quindi resta integra la nostra quistione.

come atto autentico, ma firmato dalle parti, vale come atto privato, quantunque, contenendo convenzioni sinallagmatiche, non sia stato fatto in doppio (1). Nondimeno, sarebbe altrimenti se si trattasse di un atto il quale non presentasse neppure l'apparenza di un atto autentico, per esempio, di un atto ricevuto da un pubblico uffiziale assolutamente o materialmente incompetente per

* Se dovessimo trattarla da legislatori, forse dovremmo deciderla nel modo cui sembra inclinino Delvincourt e Dalloz, almeno per le convenzioni sinallagmatiche, dicendo che l'atto autentico (irregolare) non varrà in questo caso come scrittura privata, se non quando ne sarà rimasta la minuta presso il notaro. Ma in diritto essendo la legge qual' è, non si può pretendere tal condizione.

* E primieramente, non potrebbe essere dubbio per gli atti relativi ad un oggetto il cui valore non ecceda i 300 fr. Imperciocchè l'art. 20 della legge di ventoso, volendo in principio che gli atti siano ricevuti in minuta, eccettua immediatamente *gli atti semplici, che, secondo le leggi*, possono rilasciarsi in brevetto; e la decisione dei 7 settembre 1723 che determina tali atti, annovera tutte le convenzioni che non eccedano 100 lire.

* L'atto notarile ricevuto in brevetto è dunque perfettamente legale e regolare, anche per un contratto sinallagmatico, quando il valore è meno di 300 franchi.—Or quando l' oggetto del contratto è di un valore eccedente quella somma, l'atto ricevuto in brevetto sarà irregolare, e non varrà come autentico, poichè l' articolo 68 della legge di ventoso dichiara nullo come tale l'atto in cui si sarà contraffatto alla regola dell'art. 20.—Ma cotesto atto che non ha forza di autentico, conserverà (firmato dalle parti) la forza probante di una scrittura privata, poichè la mancanza della minuta è appunto uno dei vizî di forma di cui parlano il nostro e l' art. 68 della legge di ventoso: «qualunque atto, dice quest'ultimo, fatto in contravvenzione agli articoli... *venti* (quello che vuole la minuta) varrà come scrittura privata, se lo avranno sottoscritto tutte le parti».—Così o l'atto che doveva farsi in minuta, e si è fatto in brevetto, offra solo tale irregolarità (che basta a fargli venir meno il valore di atto autentico), o la irregolarità derivi ad un tempo da tal vizio di forma, e da una delle altre cause indicate dal nostro, e dall'art. 68 della legge di ventoso; l'atto, purchè le parti lo abbiano sottoscritto, varrà sempre come atto privato regolare, cioè doppio e triplo, quando lo richiede lo art. 1325 (1279 M).

* Riepilogando adunque diciamo, che oltre: 1. dell' atto autentico regolare per cui devono compiersi i varî dettati della legge di ventoso, e 2. dell'atto privato di cui nel secondo paragrafo si sono indicate dal Codice le regole, è riconosciuto dalla legge, 3. un atto autentico irregolare che vale come se fosse una scrittura privata; per modo che le tre sorta che costituiscono la pruova letterale sono, l'atto autentico valido come tale, l'atto autentico valido come scrittura privata, e infine la scrittura privata.

(1) Questo è ciò che è stato formalmente riconosciuto nel consiglio di Stato, nel tempo della discussione sull'art. 1272. Vedi Locré, *Legisl.* t. XII, n. 11. Duranton, XIII, 71. Bonnier, n. 377. Brusselles, 17 giugno 1812, Sir., XIII, 2, 67. Parigi, 13 aprile 1813, Sir., XIV, 2, 255. Ric. rig., 8 marzo 1827, Sir., XXVII, 1, 453.

ricevere atti della stessa specie(1), o di un atto disteso dall'aiutante di un notaio fuori della presenza di quest'ultimo, e non rivestito della costui firma (2).

Del resto, onde l'artic. 1272 possa ricevere la sua applicazione, è d'uopo che l'atto, nullo come atto autentico, sia rivestito delle firme di tutti gli obbligati (3). Se più persone avessero dovuto obbligarsi, sia congiuntamente, sia pure solidalmente, e l'atto contenga soltanto le firme di una o di più di tali persone, esso non può, come scrittura privata, far pruova dell'esistenza della convenzione contro i soscrittori (4).

(1) Così, un atto di vendita disteso da un usciere, o da un ufficiale dello stato civile, non varrebbe come atto privato, se non fosse stato fatto in doppio. L'art. 1272 è evidentemente inadattabile a somiglianti atti. Se questo articolo parla dell'incapacità dell'uffiziale pubblico, in termini generali e senza alcuna restrizione, è bastevole nondimeno il ravvicinarlo all'articolo 29 della legge del 1819, dal quale è stato tolto a prestito, per convincersi che il legislatore non ha avuto in mira che l'incompetenza relativa all'ambito territoriale, e l'incapacità risultante dalla parentela o dalla affinità. Bonnier, n. 377.

(2) Parigi, 17 dicembre 1829, Sir., XXX, 2, 119.

(3) L'articolo 29 della citata legge del 1819 esige formalmente, perchè un atto notarile, nullo come tale, possa valere come scrittura privata, che esso sia rivestito della firma *di tutte le parti contraenti*; e non v'ha dubbio che l'art. 1272 è stato compilato con lo stesso spirito. Per la sola ragione che un atto autentico, nullo come tale, e che non si trovi firmato da tutte le parti contraenti, non istabilisce in alcuna guisa, contro quelle le quali non abbiano firmato, la prova delle obbligazioni cui esso contenga a loro carico, e non può loro essere opposto, esso non può neppure servire di prova contro le parti che abbiano firmato. Altrimenti, la posizione delle parti non sarebbe più uguale, e dipenderebbe da quelle che non avessero firmato lo avvalersi dell'atto o il respingerlo, secondo il loro interesse o il loro capriccio, il che è inammessibile. Toullier, VIII, 103 e 135. *Bonnier*, n. 376, Ric. rig., 27 marzo 1812, Sir., XII, 1, 309. Del rimanente, sembra che non debbansi considerare come parti contraenti, nel senso dell'art. 68 della legge del 25 ventoso anno XI, e dell'art. 1271, salvochè quelle tra le parti che contraggono una obbligazione qualunque. Se si trattasse di un atto contenente un contratto unilaterale, siccome un prestito, la mancanza della firma del creditore non farebbe ostacolo all'applicazione di questi articoli. Bonnier, n. 376.

(4) Se l'atto dovesse, a cagione della solidalità che vi sia enunciata, far prova della convenzione riguardo a' soscrittori, e se per conseguenza il creditore fosse autorizzato a spingere contro di essi, in virtù di quest'atto, l'esecuzione della convenzione, la loro posizione troverebbesi singolarmente aggravata, perchè sarebbero privi del regresso contro coloro che non avessero firmato: regresso, sul quale eglino avrebbero forse fatto fondamento. Bonnier, numero 386. Confr. Ric. rig., 26 luglio 1832, Sir., XXXII, 1, 492. Un somigliante atto può forse servire come principio di prova scritta, onde stabilire che le parti, le quali lo avessero firmato, abbiano inteso che

679 b. Degli atti privati (1).— 1. Della forma degli atti privati.

Gli atti privati sono gli atti fatti senza intervento di un pubblico uffiziale e sotto la sola firma delle parti (2).

La firma delle parti costituisce una condizione essenziale per la esistenza di ogni atto privato. Essa non può essere sostituita nè da una semplice croce, nè da altri segni. Un atto, semplicemente marcato con segni al di sotto da una delle parti, deve, in ordine

la convenzione riceverebbe la sua esecuzione, non ostante la mancanza della firma delle altre?

(1) Bibliografia.—Malepeyre *Trattato pratico degli atti privati, o modello di tutti gli atti tanto civili quanto commerciali, che si possono fare per iscrittura privata;* Parigi, 1830, in 18° Biret. *Manuale di tutti gli atti privati, in materia civile, commerciale*, ecc. Parigi, 1836.

* (2) *Dritto romano*—La scrittura privata dicevasi quella che si faceva dai particolari di loro privata autorità, della qual natura erano anche le lettere ed i libri domestici l. 34. ff *mandati*, l. 24. l. 26. ff *de pecun. const.*, l. 34. § 1, *de pign. et hypoth*. l. 3, § 14. l. *pen ff ad exhiben.* Essa si divideva in *obbligatoria* ed in *liberatoria:* l'obbligatoria consisteva in uno scritto d'obbligo, che chiamavasi altresì *chirografo*, l. 40. *ff de reb. cred.*, l. *pen. Cod. qui pot. in pig. hab.*, l. 3, § 1. *ff de lib. legata*, l. 2. § 1. *ff de pactis:* la liberatoria consisteva in una carta di assicurazione pel debitore, la quale aveva anche il nome di apoca l. 19, *Cod. de fid. istrum.*, l. 14, § 1. 2. *Cod. de non num. pecun.* Eranvi ancora le scritture chiamate volgarmente *antapochae*, le quali appartenevano piuttosto alla classe delle obbligatorie, perchè consistevano esse in una dichiarazione del debitore di aver pagato i frutti, le usure, le pensioni e simili, d'onde avveniva che il debitore riconosceva il suo debito l. 19, *Cod. de fid. istrum.* Tutte queste private scritture facevano piena pruova al pari delle pubbliche, contro coloro che le avevano scritte, sebbene non avessero lo stesso effetto riguardo alla prelazione in un pegno l. 26, § *ult. ff depositi*, l. 24. l. 26, *ff de pecun., const.. junct.* l. *pen. Cod. qui pot. in pign. hab.*, purchè però lo scrivente avesse riconosciuto il suo carattere; e perchè non lo avesse negato con facilità era stabilito, che se veniva convinto di mendacio, dovesse essere condannato nel doppio dell'obbligazione sua *nov.* 18, *cap.* 8. La sola comparazione delle lettere per altro non era sufficiente per convincerlo di mendacio l. 20. *Cod. de fid, inst; nov.* 73 *cap.* 4 *et* 7. Poteva anche darsi che egli avesse asserito, essere falso ciò che aveva scritto, nel qual caso la sua scrittura faceva piena fede contro di lui finchè non aveva provato in contrario *arg.* l. 13. *Cod. de non num. pec.*, l. 23. § *ult. ff ad leg. Aquil.* Non importava poi per istabilire la prova contro il debitore che egli avesse scritto di tutto suo pugno la scrittura; o che soltanto l'avesse sottoscritta; mentre in ambi i casi la prova aveva egual forza contro di lui l. *pen. Cod. qui pot. in pign. hab.* l. 17. *Cod. de fide instr., prin. instit. de empt. et vend.* La scrittura privata non faceva prova nè a favore, nè contro i terzi, siccome questa forza non era neppur data alle pubbliche scritture. Molto meno poi faceva prova a favore di quello che l'aveva scritta ancorchè fosse stato il fisco l. 5, l. 6, l. 7, *Cod. de probat.*

a lei, essere considerato come non avvenuto, e non forma neppure contro di essa un principio di pruova scritta (1).

La firma può esser data in bianco, vale a dire, prima della compilazione in iscritto delle convenzioni stabilite tra le parti. Quando l'atto così firmato (2) venga dappoi riempiuto dalla parte a cui sia stato affidato, ovvero di suo ordine (3), esso fa fede delle dichiarazioni, delle convenzioni, o delle obbligazioni che racchiuda,

(1) Brusselles, 27 gennaio 1807, Sir., VII. 2. 249. Colmar. 23 dicembre 1809. Sir., X. 2. 268.

(Vedi altresì: Brusselles, 8 ottobre 1819, 26 gennaro 1826, e 23 febbraro 1831).

(2) Appellansi firmati in bianco gli atti di questa specie. Nell'antica giurisprudenza, eravi controversia sul punto di sapersi, se le obbligazioni compruovate mercè atti firmati in bianco fossero o no valide. Nondimeno, l'affermativa sembra aver prevaluto nella pratica. L'abuso che si fece delle carte firmate in bianco diede luogo alla dichiarazione del 22 settembre 1733, dalla quale è stata attinta la disposizione dell'artic. 1280 del Codice civile. Merlin, *Rep.*, v. Firma in bianco. Oggidì la validità delle firme in bianco non può più essere seriamente messa in contestazione; perciocchè, ponendo l'abuso di somiglianti atti, la legge ne riconosce implicitamente l'efficacia. Vedi: Codice penale art. 430, n. 3; Toullier, VIII, 263; Bonnier, n. 548.

* Ecco le parole con cui finisce il primo comma del nostro art. 1280, che non si leggono nel corrispondente art. 1326 del C. C., cioè: «altrimenti, essendoci la sola sottoscrizione, varrà come principio di pruova per iscritto ».

* Art. 407 C. pen. « Chiunque abusando di un foglio in bianco munito di firma a lui confidato, vi avrà fraudolentemente scritto sopra un'obbligazione o liberazione, o qualunque altro atto che possa compromettere la fortuna, o la persona del soscrittore, sarà punito colle pene prescritte nell'art. 405.—Nel caso in cui il foglio in bianco munito di firma non gli sia stato confidato, si procederà contro di esso come falsario, e verrà punito come tale ».

* Art. 438, n. 3 LL. pen. « La frode si commette in uno dei modi seguenti .. 3. Quando su di un foglio affidato in bianco colla sola sottoscrizione siasi, per lucro, scritto in danno altrui un atto qualunque; ovvero su di un foglio non in bianco siasi aggiunto per lo stesso fine qualche atto o clausola ».

* In quanto al caso preveduto dal secondo comma del detto art. 409 del C. pen., confr. art. 293 delle stesse LL. pen.

(3) Le regole stabilite nel testo non si applicherebbero al caso in cui la carta firmata in bianco fosse stata fraudolentemente sottratta alla persona, a cui sia stata affidata, e riempiuta da un terzo senza la saputa di questa persona. In simigliante caso, la pruova della sottrazione e dell'abuso della carta firmata in bianco può, anche in mancanza di ogni principio di pruova scritta, esser fatta per testimoni; e se questa prova sia addotta, le convenzioni seguite tra il portatore dell'atto ed i terzi debbono essere annullate, ancorchè questi ultimi sieno stati di buona fede. L'abuso della carta firmata in bianco, commesso, non dalla persona a cui l'atto sia stato confidato, ma da un terzo, non costituisce più un semplice reato di abuso di confidenza, ma un reato di falso, di cui il soscrittore

allo stesso modo che se la firma vi fosse stata apposta dopo la formazione del corpo della scrittura; salvo al soscrittore, a cui esso venga opposto, il provare che le dichiarazioni, le convenzioni, o le obbligazioni, che vi si trovino enunciate, non sieno quelle che egli abbia avuto l'intenzione di fare, di stipulare o di contrarre. Siffatta pruova non può, in mancanza di principio di pruova scritta, esser fatta per testimoni (1); e quando ancora essa sia regolarmente e compiutamente prodotta, il soscrittore rimane obbligato verso i terzi, i quali in vista dell'atto abbiano contrattato di buona fede coll'altra parte (2).

La legge non avendo regolato la forma degli atti privati in generale, le parti sono in libertà di compilarli nel modo che stimino convenevole, senza essere sottoposte all'osservanza di alcuna delle formalità prescritte per la formazione degli atti autentici (3). Per tal guisa soprattutto, gli atti privati possono esser compilati in lingua straniera, e non hanno bisogno di essere datati (4). Per tal guisa ancora, le ricalcature o le interlinee non sono vietate, sotto pena di nullità delle parole ricalcate o interlineate (5); ed i rimandi o le postille possono valere,

della carta in bianco non dee sopportare le conseguenze; perciocchè questo reato non è il risultamento di un mandato che quest'ultimo avesse imprudentemente dato a colui che lo abbia commesso. Toullier, VIII, 269 e 270. Confr. Grenoble, 24 giugno 1829, Sir., XXX, 2, 30. Crim. cass., 2 luglio 1829, Sir., XXIX, 1, 259.

(1) Arg. art. 1295.

(2) Toullier, VIII, 267.

(3) Toullier, VIII, 257 e 258. Duranton, XIII, 127 e 128.

(4) Toullier e Duranton, *luoghi cit.* Vedi nondimeno: art. 895; Codice di Commercio, art. 109, 136, 188, e 323.

(5) Dicendo che le parole ricalcate o interlineate non sono nulle, noi vogliamo semplicemente indicare che non si dee loro applicare la pena di nullità pronunziata dall'art. 16 della legge del 25 ventoso anno XI (Ved. art. 24 e 25 della legge del 23 novembre 1819, e n. 2 del decreto del 12 settembre 1828); e non intendiamo di sostenere che esse debbano sempre essere considerate come facienti parte integrante dell'atto, e godere per conseguenza della fede che si attribuisce a quest'atto. La quistione di sapersi, quale sia il valore di somiglianti parole, dipende interamente ed unicamente da quella di sapersi, se la firma della parte, alla quale esse vengano opposte vi si applichi o no. Or se quest'ultima quistione dev'essere risoluta affermativamente, per esempio, nel caso in cui le parole ricalcate o interlineate sieno di mano della parte contro la quale se ne farcia uso, e nel caso in cui, trattandosi di un atto fatto in doppio, tali parole si trovino ugualmente nei due originali, essa deve per contrario essere decisa per la negativa nelle ipotesi inverse. Confr. Bordeaux, 17 giug. 1829, Sir., XXIX, 2, 351. Vedi in particolare, su di un caso di ricalcatura della data di un testamento olografo: Civ. rig., 11 giugno 1810, Sir., X, 1; 289; e sulla rasura di una quietanza scritta a piè di un atto di obbligazione: civ. cass., 23 dicembre 1828, Sir., XXIX, 1, 17.

quantunque non sieno nè firmate o cifrate, nè approvate dalle parti (1)

Per eccezione a quello che ora si è detto, vi ha due specie di atti privati, pei quali la legge esige formalità speciali, a cagione della natura delle convenzioni o delle obbligazioni che essi abbiano per oggetto di comprobare.

1) Delle formalità della scrittura in doppio (2).

(1) Le osservazioni fatte nella nota precedente sulle ricalcature e sulle interlinee si applicano ugualmente ai rimandi ed alle postille.

(2) La teoria delle scritture in doppio, sconosciuta nel diritto romano e nella nostra antica giureprudenza, fu introdotta da più arresti del parlamento di Parigi, di cui il primo è del 30 agosto 1736. Essa era fondata sulle idee seguenti: È dell'essenza delle convenzioni sinallagmatiche, che il ligame di diritto, il quale da esse risulta, esista con la medesima efficacia per ciascuna delle parti, e che queste abbiano entrambe gli stessi mezzi da costringersi reciprocamente all'adempimento delle loro obbligazioni. Or se una somigliante convenzione si trovasse comprovata mercè un atto privato fatto in un solo originale, colei delle parti, la quale fosse portatrice dell'atto, avrebbe il mezzo da costringere l'altra alla esecuzione della convenzione, mentre dal canto suo ella rimarrebbe nella libertà di sottrarsene. Adunque, la circostanza che l'atto sia disteso in un solo originale impedisce che il legame di dritto esista con una forza uguale per le due parti, e vizia per questa medesima ragione la convenzione nel suo principio. Ma siffatta argomentazione non è che speciosa, ed è fondata in conclusione sopra una confusione tra il legame giuridico risultante da una convenzione, e la pruova della esistenza di questa convenzione. Ed in vero, la convenzione trovasi formata non appena che le due parti abbiano prestato il loro consenso, ed essa, sia che si possa o no provare, non ha meno la virtù intrinseca di ligare irrevocabilmente i contraenti agli occhi della legge. Di fatti, la giureprudenza del parlamento di Parigi ha incontrata molta opposizione, e non è stata universalmente adottata. Confr. Denisart, *Nuova Collezione*, v. Scrittura in doppio: Merlin, *Rep.*, v. *med.*, n. 1 a 17. I compilatori del Codice civile non hanno voluto nè rigettare in un modo assoluto, nè consacrare puramente e semplicemente, la dottrina del parlamento di Parigi. Secondo il sistema che eglino hanno adottato, il vizio risultante dall'essere stato un atto privato, contenente una convenzione sinallagmatica, scritto in un solo originale, produce bene l'effetto di privare d'ogni efficacia l'atto, considerato siccome mezzo di pruova, ma non infetta la convenzione medesima. Questo sistema, il quale, benchè meno vizioso di quello del parlamento di Parigi, è pur anche l'oggetto di critiche assai vive, non può, a parer nostro, ricevere altra spiegazione che la seguente: Allorchè un atto privato, comprovante una convenzione sinallagmatica, sia stato fatto in un solo originale, le parti non possono essere considerate di aver voluto definitivamente obbligarsi, e deesi per contrario presumere di non aver elleno inteso di firmare che un semplice progetto.

—L'atto dunque non indica di per sè medesimo, per quanto formale ne sia la compilazione, salvochè un progetto di convenzione, e trovasi per tal guisa colpito d'inefficacia, in quanto si volesse da esso attingere

Gli atti privati, i quali contengano convenzioni sinallagmatiche, debbono essere compilati in tanti originali per quante sieno le parti aventi un interesse distinto; e ciascun originale dee contenere la menzione dell'osservanza di tale formalità. Articolo 1279, comma 1 e 3.

La disposizione dell'art. 1279 concerne soltanto le convenzioni sinallagmatiche perfette, vale a dire, quelle le quali, secondo la loro natura e fin dalla loro origine, sottopongano le parti ad obbligazioni reciproche, come, per esempio, la vendita, la locazione, la società, la transazione, la divisione (1). Essa non si applica alle convenzioni sinallagmatiche imperfette, quali sarebbero il mandato ed il deposito, ancorchè un salario sia stato stipulato a pro del mandatario e del depositario (2). A maggior ragione, siffatta disposizione è estranea ai contratti o agli atti puramente unilaterali, e soprattutto alle semplici ricognizioni di debiti, quantunque fatte con istipulazione di termini (3), agli appuramenti di conto (4), ed agli atti di fideiussione (5). Nondimeno, una convenzione naturale di sua natura può, per motivo delle clausole e delle condizioni particolari sotto le quali essa sia conchiusa, prendere il carattere di una vera convenzione sinallagmatica, dando luogo all'applicazione dell'art. 1279. Egli è ciò che avviene, per esempio, in materia di fideiussione, allorchè il fideiussore non si obblighi se non sotto l'espressa condizione che il creditore sospenderà i suoi procedimenti contro il debitore durante un tempo determinato (6). Egli è ciò che avviene

la pruova di una diffinitiva convenzione. Ma, siccome la presunzione di che si tratta non ha nulla di assoluto, ed è possibile che, malgrado l'apparenza contraria risultante dalla forma dell'atto, le parti abbiano inteso di obbligarsi diffinitivamente l'una verso l'altra, così la convenzione dovrà ricevere la sua esecuzione, se ne venga stabilito la prova mercè mezzi indipendenti da quest'atto. Faremo notare, nel finire, che le spiegazioni date sull'art. 1279 da Bigot-Preameneu (*Esp. de' motivi*, Locrè, *Leg.*, t. XII, n. 193); e da Jaubert (*Rapp. al tribunato*, Locrè, *Leg.*, t. XII, n. 11); non sono esatte; perciocchè esse assegnano alla disposizione di quest' articolo i motivi che servivano di base alla giurepredenza del parlamento di Parigi, e menerebbero così a concludere, che l'inosservanza della formalità della scrittura in doppio renda nulla la convenzione istessa: conclusione, la quale viene respinta evidentemente dalla compilazione dell'art. 1279.

(1) Delvin., II, 368; Toullier, VIII, 326. Duranton, XIII, 146. Bonnier, 563. Civ. cass., 26 ottobre 1808, Sir., IX, 154.

(2) Duranton, XIII, 150.

(3) Civ. cass., 26 ottobre 1808, Sir, IX, 1, 154.

(4) Toullier, VIII, 331. Rolland de Villargues, *Repertorio del notariato*, v. Scrittura in doppio, n. 20 e 21. Aix, 12 luglio 1813, Sir., XIV, 2, 234. Orléans, 22 agosto 1840, Sir., 2, 43.

(5) Ric. rig, 22 novembre 1825, Sir., XXVI, 1, 146.

(6) Ed in vero, la promessa fatta dal creditore di sospendere le sue procedure contro il debitore, è una obbligazione di non fare, la cui violazione può e dee dar luogo a risar-

viene ancora, quando il debitore medesimo contragga, sotto la medesima condizione, un'obbligazione novella verso il creditore (1).

cimento di danni ed interessi; e siccome il fidejussore non si è obbligato che sotto la fede di questa promessa, così non dev'essere in facoltà del creditore il profittare della fidejussione, se ciò gli sembri vantaggioso, o il rinunziarvi, se ciò torni meglio a' suoi interessi. Duranton XIII, 152. Favard, *Rep.*, v. Atto privato, sez. I. § 2. n. 6. Civ. rig., 14 maggio 1817, Sir., XVIII, 1 47. Rig. rig., 23 luglio 1818, Sir., XIX, 1, 212.

(1) Questa proposizione non è contraria a ciò che è stato detto più sopra sulle ricognizioni di debiti, fatte con la stipulazione di dilazioni al pagamento. Ed in vero, il debitore, il quale, riconoscendo un debito non ancora regolarmente comprovato, facciasi accordare delle dilazioni, non ha di bisogno di un doppio dell'atto che egli fornisce al creditore; perciocchè quest' ultimo onde convenirlo in giudizio, sarà nella necessità di produrre questo atto. Ma tutt'altrimenti è del debitore il cui debito sia regolarmente comprovato, e che contragga un'obbligazione novella con lo scopo di ottenere delle dilazioni. Le osservazioni presentate nella nota precedente si applicano perfettamente a quest'ultima ipotesi.

* Marcadé su questo punto ragiona così:

* Vediamo ora a quali contratti si applica la regola della necessità dei varî originali.

* Il nostro articolo volendo soltanto che si facciano per le convenzioni sinallagmatiche, non si può pretenderli in alcuno dei contratti unilaterali, tanto in quelli che possono nascere *ex post facto* da obbligazioni reciproche contro la parte che prima non era obbligata, che negli altri. Questi contratti (il comodato, il deposito, ec.) diconsi spesso *sinallagmatici imperfetti*; ma al postutto sono una delle specie del contratto unilaterale; possono per accidente presentare vicendevoli obbligazioni, non sono sinallagmatici che nel formarsi, nè l'atto fatto per comprovarli contiene convenzioni sinallagmatiche, onde si è sempre convenuto e si conviene di non applicare ad essi la regola dei varî originali. Toullier (VIII-326); Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-150); Dalloz (n° 6); Bonnier (n° 566); Zachariae (V, p. 648). — Giudicato in tal modo pei conti saldati e quitanze date. Cass., 10 marzo 1852; Orléans, 2 dicembre 1853 (J. P., 1852, t. I. pagina 449: 1855, t. I, p. 171).

* La regola non si applicherebbe nemmeno alla promessa unilaterale cioè fatta da una sola parte senza obbligarsi l'altra, di concludere appresso un contratto sinallagmatico: così obbligandomi a rilasciarvi la mia casa per 60,000 franchi, se voi volete prenderla per questo prezzo entro tre mesi, non bisogna fare un atto doppio, bastando quel che io vi sottoscrivo, da che voi non vi obbligate *a nulla* verso di me. Che il parlamento di Parigi mettendo in non cale tutti i principî, abbia potuto decidere per lino il contrario (in una decisione riportata da Denisart alla parola *Doppio*) si può ben comprendere dopo lo strano errore in cui incorse, secondo giustamente fu rimproverato da Merlin; nello errore come nel vizio il primo trae gli altri. Ma non si comprende che sotto l'impero del Codice Napoleone, lo stesso Merlin (Rep., alla parola *Vendita*, pagina 534, 535) e dopo lui le Corti di Angers e di Lione abbiano detto che qualunque obbligazione di vendere contratta da una parte sola, sia dichiarata nulla dall'articolo 1589 (1454). Giusta il quale

Del resto, la disposizione dell'art. 1279 cessa di essere adattabile, quando una delle parti contraenti abbia, prima della com-

la promessa di vendere *val vendita*, essendovi un reciproco consenso, cioè un contratto sinallagmatico, con cui le due parti si obbligano l'una a vendere, l'altra a comprare. Secondo il buon senso deve inferirsi che quando invece di due obbligazioni vicendevoli ve n'è soltanto una di vendere, la promessa di vendita *non val più vendita*, e forma un semplice contratto unilaterale che di necessità ha lo stesso effetto di tutti i contratti unilaterali. Ma non han così ragionato Merlin e le Corti di Angers e di Lione; dall'essere la promessa di vendita una vendita quando vi è vicendevole obbligazione, inferiscono che essendo una sola l'obbligazione, *non val niente* ed è assolutamente nulla. La mente si confonde in faccia a sì mostruosa decisione che è contraria alla dottrina di tutti gli scrittori antichi e moderni.

** Troplong specialmente ha con molta energia confutato tal dottrina che le più semplici nozioni bastano a far respingere. Perchè in fine qualunque convenzione legalmente formata non ha forza di legge per coloro che l'han fatto (art. 1134 (1088))? Ora in che sarebbe contrario ai buoni costumi o all'ordine pubblico il contratto in cui mi obbligo a vendervi la mia casa o a comprar la vostra mercè un tal prezzo se nel termine di . . . . voi vi risolverete a comprare o a vendere? Senza fallo non devono confondersi la semplice pollicitazione o offerta che ho potuto farvi, e che non mi lega, i semplici discorsi, con l'obbligazione che ho voluto su di me prendere; ma riconosciuto che io mi sono obbligato, che vi è stato non un semplice discorso, ma un contratto, per qual ragione o pretesto si vorrebbe dichiarare come non avvenuto il legame a cui mi sono soggetto? Che il parlamento di Parigi dopo aver voluto l'atto doppio non solo per la pruova, ma anche per la validità delle obbligazioni sinallagmatiche, abbia esteso questa bella dottrina pretendendo per uso i doppi originali per la pruova e per la validità di una promessa di vendere, non può far maraviglia: camminando nell'assurdo non si ferma sulla via; ma quel che non si comprende è, che si voglia far rivivere cotesta ultima dottrina sotto il Codice che proscrisse anche la prima. Troplong stima che il parlamento di Parigi non abbia mai ammesso l'eresia da noi qui combattuta; ma ciò è inesatto. Gli è vero che il parlamento aveva prima stabilito i veri principî con parecchie decisioni del XVIII secolo, ma li abbandonò appresso nella decisione di cui parla Denizart, la quale annullà, perchè non si erano fatte le copie in doppio, una promessa fatta dall'Arcivescovo di Reims di acquistare l'Albergo Conti per 45,000 lire.

Notiamo qui due errori di fatto che s'incontrano negli scittori citati nel testo.

Duvergier dice che Toullier si accosti alla dottrina che egli al pari di noi combatte. Ma Toullier non fa pur cenno di tal dottrina, anzi dice che colui il quale promette di vendere se non trasferisce la proprietà, *si obbliga a trasferirla* con un contratto posteriore (n° 91, *in fine*). Egli dunque riconosce che colui che fa una promessa si è legato.

Un'altra inesattezza travasi in Bonnier il quale crede che in una decisione di Grenoble dei 23 maggio 1829, che ei cita, si ritenga l'eresia di cui trattiamo; mentre quella che fu confermata in cassazione il 9 luglio 1834 decide esattamente un'altra quistione sebbene affine alla nostra (J. P., t. XXVI, p. 725).

pilazione dell'atto, pienamente eseguite tutte le obbligazioni, ovvero le esegua nel momento di tale compilazione, e l'altra parte non avendo più alcun diritto, neppur semplicemente eventuale, da far valere sulla cosa che formi l'oggetto della convenzione, manchi assolutamente d'interesse ad avere un originale in suo potere. Per tal guisa, l'atto privato che comprovi una vendita fatta a pronti contanti e senza condizione nè riserva a pro del venditore, non ha bisogno di essere compilato in doppio (1). Sarebbe diversamente, se la vendita, benchè fatta a pronti contanti, avesse avuto luogo colla riserba di un diritto o di una facoltà qualunque a pro del venditore (2).

Allorchè in una convenzione sinallagmatica figurino più di due persone, non debbonsi riguardare come parti aventi un interesse distinto, se non quelle alle quali la convenzione, per sè stessa e fin dall'origine, imponga obblighi scambievoli dell'une verso le altre. Quanto a coloro tra i contraenti che la convenzione non sottoponga sin dall'origine ad obbligazioni reciproche, debbono riguardarsi come aventi un interesse comune, e per conseguenza come non formanti insieme che una sola e medesima parte, ancorchè l'esecuzione della conven-

* Così i doppî originali che sarebbero indispensabili nella vendita propriamente detta ed anche nella promessa sinallagmatica di vendere e comprare (che secondo l'artic. 1434 equivale a vendita) non saranno affatto necessari nella promessa semplice unilaterale di vendere o di comprare, essendovi allora obbligazione da sola una parte.

*Non sarebbe nemmeno necessario anche in un contratto primitivamente sinallagmatico, se eseguita immediatamente una dell'obbligazioni la scrittura dovesse solo raccertarne una sola. Così se io compro per 1,500 franchi che vi pago sotto istante, un cavallo che voi mi dovete appresso rilasciare, l'atto privato che facciamo per comprare la vostra obbligazione e valere insieme come quitanza del prezzo pagato non deve farsi in doppio, dacchè non comprova vicendevoli obbligazioni. L'atto unico che mi rilasciate sottoscritto da voi, è allora sufficiente, poichè raccerta insieme e la vostra obbligazione e la mia liberazione del prezzo. Ma si noti, che in tal caso se l'obbligazione unica che si vuol raccertare riguardasse una somma di denaro, o una certa quantità di derrate o mercanzie (se il compratore ricevendo l'oggetto venduto, si obbligasse a pagarmi il prezzo, ovvero se la cosa venduta, che il venditore benchè ricevutone il prezzo non rilascia, fosse 50 ettolitri di frumento, 600 chilogrammi di rame, ecc.); l'atto sottoscritto da chi riman debitore dovrebbe secondo il seguente articolo scriversi per intero di mano di lui o contenere un buono che indichi in lettere per esteso la somma di denaro o la quantità della cosa.

(1) Toullier, VIII, 327 e 328; Duranton, XIII, 146. Bonnier, 565.

(2) In tal caso, il venditore ha bisogno di un originale dell'atto di vendita, onde poter esercitare i diritti riservati a suo vantaggio, sia contro il compratore, sia contro i terzi. Civ. cass., 31 gennaio 1837, Sir., XXVII, 1, 533. Agen, 17 agosto 1837, Sir., XXXVIII, 2, 122.

zione possa far sorgere tra loro degli interessi opposti, e dar luogo ad azioni di regresso, ovvero ad operazioni di divisione, di liquidazione o di appuramento di conti (1). Laonde, allorchè più socii contrattino con un terzo per affari della società, debbono essere riguardati come una sola parte, di tal che è bastevole che l'atto privato, il quale comprovi la convenzione, sia disteso in due originali. È lo stesso nel caso in cui più comproprietarii vendano insieme una casa comune (2); e nel caso in cui più figliuoli, come eredi del loro padre, facciano colla loro madre un contratto relativo alle sue precapienze o alle sue convenzioni matrimoniali (3). Per la stessa ragione, debbonsi, in un atto comprovante una società in commandita, riguardare tutti i socii gerenti da una parte, e tutti i commanditarii dall'altra, come non costituenti, gli uni rimpetto agli altri, se non due parti aventi un interesse distinto (4).

Non è indispensabile che la firma di tutte le parti si trovi su ciascuno degli originali dell'atto. È bastevole che gli originali, i quali sieno tra le mani di ciascuna delle parti, portino la firma di tutte le altre (5).

La menzione che l'atto sia stato fatto in tanti originali per quante vi ha parti interessate, soddisfa sufficientemente al voto della leg-

(1) In tal guisa è d' uopo intendere le espressioni dell'artic. 1279: « parti che vi hanno un interesse distinto; persone che vi abbiano un interesse medesimo » espressioni le quali debbono essere interpretate: *secundum subiectam materiam*, vale a dire, giusta le idee sulle quali è fondato quest'articolo, e giusta lo scopo che il legislatore si ha proposto inserendolo nel Codice. Può, senza dubbio, avvenire che colui fra i contraenti, il quale abbia ricevuto uno dei doppii, tanto per lui quanto pei suoi cointeressati, se la intenda con l' altra parte, per sopprimere l' atto, e privare così questi ultimi del benefizio della convenzione; ma in somigliante caso costoro debbono a sè medesimi imputare di avere mal collocata la loro confidenza. D'altronde, questo inconveniente non è già quello che l'articolo 1279 ha avuto lo scopo di prevenire. Confr. *Osservazioni del tribunato* (Locrè, *Legisl.*, t. XII, num. 67). Duranton, XIII, 154.

(2) Duranton, *luogo cit.* Amiens, 24 pratile anno XIII, Sir., VII, 2, 923.

(3) Ric. rig., 2 marzo 1808, Sir., VIII, 1. 232.

(4) Ric. rig., 20 dicembre 1830, Sir., XXXI, 1, 38.

(5) È di uso che le parti, le quali contraggano una convenzione sinallagmatica, si contentino dello scambio delle loro firme; e questo scambio soddisfa compiutamente al voto della legge. Se ciascuno dei contraenti deve, mercè la propria sua firma somministrare agli altri un titolo contro di lui, le parti non hanno bisogno di obbligarsi verso di sè medesimo in virtù delle loro proprie firme. Merlin, *Rep.*, v. Scrittura in doppio, n. 6. Toullier, VIII, 344. Duranton, 156. Confr. civ.cass., 13 ottobre 1806, Sir., VII, 1, 923. Civ. rig., 8 novembre 1842, Sirey, XLIII, 1, 33.

ge, tutto che non sia accompagnata dell'indicazione del numero di tali originali.

La menzione menzogniera che un atto sia stato formato in più originali non covre il vizio risultante dal non essersi nella realtà adempiuto a questa formalità. Se dunque fosse riconosciuto che un atto sia stato scritto in un solo originale, esso dovrebbe, non ostante la menzione contraria che contenesse, essere dichiarato invalido (1).

Reciprocamente, la circostanza che un atto sia stato realmente disteso in più originali, non covre la mancanza di menzione dello adempimento di tale formalità (2). Niuno dunque può, in mancanza di siffatta menzione, essere ammesso a provare, con qualunque sinsi mezzo, che l'atto sia stato fatto in doppio (3).

La mancanza di compilazione in doppio di un atto privato contenente una convenzione sinallagmatica, o la mancanza di menzione dell'adempimento di questa formalità, trae seco la presunzione legale che non sia esistito tra le parti altro che un semplice progetto di convenzione, e toglie per conseguenza all'atto ogni forza ed ogni valore, in quanto si volesse da esso attingere la pruova compiuta, od anche un semplice principio di pruova scritta, di una convenzione diffinitiva (4). Ma questa presunzione non è as-

(1) Confr. Ric. rig., 25 febbraio 1835, Sir., XXXV, 1, 225. Bordeaux, 23 novembre 1843, Sir., XLIV, 2, 299.

(2) La mancanza di questa menzione lascia le parti nella stessa posizione in cui elleno si troverebbero, se l'atto non fosse stato fatto in doppio; perciocchè ciascuna di esse può, sopprimendo il suo originale, negare che l'atto, fosse stato fatto in doppio. Da ciò siegue, che l'omissione di questa menzione vizia l'atto, quando ancora l'esistenza de' due originali non sembri dubbia. Jaubert, *Rapporto al tribunato*. Locrè, *Legisl.*, t. XII, n. 11.

(3) Ogni prova di questo fatto dovrebbe essere rigettata come non rilevante. Adunque, la Corte reale di Bourges, 2 marzo 1831, Sir., XXXII, 2, 82 non è andata troppo oltre, allorchè in una specie, in cui una delle parti aveva offerto di provare per testimonii che l'atto era stato fatto in doppio, ella ha rigettata siffatta prova sol per applicazione dell'art. 1295.

(4) La quistione di sapersi, se l'atto privato, non valido per causa dell'inosservanza delle formalità prescritte dall'art. 1279, possa almeno servire come principio di pruova scritta, è molto controversa. Per l'affermativa, allegasi l'artic. 1311, dicendosi, che un somigliante atto essendo incontestabilmente uno scritto emanato dalle parti di cui abbia la firma, e rendendo d'altronde verosimile il fatto della convenzione che esso comprovi, riunisca in sè tutti i caratteri costitutivi del principio di pruova scritta. Si aggiugne che il sistema contrario attribuisce al legislatore una grave conseguenza, per la ragione, che giusta l'articolo 1301, semplici enunciative più o meno precise, tuttochè contenute in lettere missive, le quali sono nondimeno scritture essenzialmente unilaterali, possono servire come principio di pruova scritta di una convenzione sinallagmatica; e che debba essere lo stesso, a maggior ragione,

soluta, e non opera l'effetto di rendere le parti inammessibili a dimandare, l'una contro l'altra, l'esecuzione della convenzione,

di uno scritto compilato appositamente per assicurare la convenzione, e 'l quale, in mancanza dello art. 1279, dovrebb'essere considerato di provarla pienamente. Vedi in questo senso: Toullier, VIII, 322. IX, 84 ed 85; Merlin, *Rep.*, v. Scrittura in doppio. n. 8. 3; Delvincourt, II, 615; Troplong, *della Vendita*, I, n. 35; Solon. *Teoria delle nullità*, II, 89 e seg.; Bordeaux, 3 marzo 1826, Sir., XXVI, 2, 267; Besancon, 12 giugno 1828, Sir., XXVIII, 2, 274. Ma le ragioni che abbiamo ora rammentate ci sembrano mancare di solidità. Comprendesi perfettamente che una semplice lettera missiva possa servire come principio di prova scritta di una convenzione, o allorchè essa abbia rapporto alla sua esecuzione, o allorchè contenga enunciative qualunque di tale natura da rendere verosimile il fatto della conclusione diffinitiva di questa convenzione. Ma non è lo stesso d'uno scritto che la legge dichiara non valido, perchè ella presume, per effetto della forma medesima di esso, non essersi trattato tra le parti che di un semplice progetto di convenzione, e non avere elleno inteso di legarsi diffinitivamente che mercè la compilazione di un atto regolare. Pretendere che un somigliante scritto renda verosimile l'esistenza d'una convenzione diffinitiva, è un mettersi in evidente opposizione con lo spirito dell'art. 1279. Aggiungeremo, che se la parte, la quale sia in possesso dell'atto, potesse invocarlo siccome formante un principio di pruova scritta, e domandare in conseguenza di essere ammessa alla pruova testimoniale, ella godrebbe un considerevole vantaggio, di cui l'altra parte troverebbesi priva; e che, anche riguardo a ciò, i partigiani della opinione che noi combattiamo si pongono in contraddizione con lo spirito della legge, la quale, per confessione di tutti, ha avuto in mira lo stabilire, quanto alla facilità della pruova, una perfetta uguaglianza di posizione tra le parti impegnate in una convenzione sinallagmatica. Invano direbbesi che quest'ultimo argomento provi troppo; perciocchè, stringendolo, ne risulterebbe, contrariamente alla opinione generalmente ammessa, che, nè lettere missive, nè alcuna altra specie di scritti fatti in un solo originale, potessero servire come principio di pruova scritta di somiglianti convenzioni. Facendosi questa obbiezione, si obblia, che per ragione tutta speciale, tratta dallo spirito col quale l'art. 1279 è stato compilato, noi ci ricusiamo di ammettere come principio di pruova scritta gli atti non validi giusta quest' articolo, e che per conseguenza la soluzione che noi adottiamo relativamente a ciò non potrebbe essere estesa ad atti di un'altra natura. Vedi nel senso della nostra opinione: Duranton, XIII, 164. Favard, *Rep.*, v. Atto privato, sez. 1, § 2, n. 10. Chardon, *del Dolo e della Frode*, I, 125. Parigi, 27 novembre 1811, Sir., XII, 2, 60. Colmar, 6 marzo 1813, Sir., XIII, 2, 275. Aix, 23 novembre 1813, Sir., XIV, 2, 209. Amiens, 15 luglio 1826, Sir., XXVIII, 2, 175. Bourges, 28 marzo 1831, Sir., XXXIII, 2, 82.

** Un'importante aggiunzione è stata fatta all'art. 1305 del Codice civile nel nostro art. 1279 che gli corrisponde. Trattano essi delle scritture private sinallagmatiche che richieldono tanti originali quante sono le parti, e la menzione del numero di quelli che son fatti. Ora se ne mancasse alcun originale, o si fosse trascurato di scriversi il numero di essi, se in doppio, triplo ec., fa-

se in realtà essa sia stata conchiusa in modo diffinitivo. Quinci deriva, che una delle parti è ammessa a deferire all' altra il giuramento decisorio o a farla interrogare sull' esistenza di una convenzione diffinitiva, ed anche a provare questo fatto per mezzo di testimoni, se l'oggetto della convenzione non oltrepassi i 150 franchi, ovvero se ne esista un principio di prova scritta, al

le scrittura sinallagmatica avrebbe o no qualche valore? Questa è la quistione trattata estesamente tanto nel testo di Zachariae che nelle note. Il testo francese dice che le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche *non sono valide quando*, ec. Non dice dunque saranno *nulle*, essendovi gran differenza tra l'una e l'altra espressione. *Nullo* significa propriamente quel che non esiste, quel che non è nella natura delle cose. *Non valido* o invalido non è lo stesso che nullo, come se non esistesse; ma quello che, giusta il senso proprio e fisico, manca di forza o che non ha una forza sufficiente, e nel senso figurato, quello che per se stesso non ha la forza necessaria per determinare il giudice, ma che nulladimeno merita di esser preso in considerazione, quando altre circostanze valutabili, dalla sagacità del magistrato vi aggiungono ciò che gli manca di forza per completare la pruova. La scrittura sinallagmatica dunque non fa piena ed intera fede quando manchi uno degli originali, o la menzione di essi. Ma è forse lo stesso che sia assolutamente *nullo*, il considerarlo come non esistente, *pro infecto habentur*? Questo è quel che risolve il nostro articolo prescrivendo così.

* » Se la scrittura sinallagmatica » abbia le sottoscrizioni delle parti, » ma manchi alcuno degli originali » o la menzione del numero di quelli » che si sono fatti, potrà valere semplicemente come principio di pruova per iscritto».

* Da questa aggiunta molte conseguenze ne derivano.

* 1. Formando un principio di pruova per iscritto è ammessa la pruova testimoniale, poichè la scrittura sinallagmatica non fatta in doppio riunisce eminentemente tutte le qualità richieste dal citato art. 1301 per definire il principio di pruova per iscritto.

* 2. Che ciò autorizza i giudici ad ammettere le presunzioni per completare la pruova cominciata da questa scrittura non fatta in doppio originale. L'art. 1307 dice in fatti che le presunzioni non istabilite dalla legge sono rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato ne' casi nei quali la legge ammette la pruova testimoniale: quindi quegli che reclama l'esecuzione d'un atto non fatto in doppio, oltre ai testimoni, può completar la sua pruova per mezzo di presunzioni che risultano dalle circostanze, ed i giudici possono determinarsi in forza di esse.

* 3. La pruova incompleta che risulta dalla scrittura sinallagmatica non fatta in doppio originale o senza menzione, ec., autorizza pure i giudici a deferire il giuramento suppletorio a quegli che la produce in sostegno della sua domanda o della sua eccezione. Ciò risulta dall' art. 1321. Questa scrittura non è pienamente giustificata, perchè la legge vuole che sia fatta in doppio originale e colla menzione del numero per fare pruova completa di una convenzione sinallagmatica. Essa non è totalmente mancante di pruove, perchè forma un principio di pruova per iscritto che può esser completata sia colla prova testimoniale sia colle presunzioni.

di fuori dell'atto privato ed indipendentemente da esso (1).

L'invalidità di un atto privato, derivante o dalla mancanza di menzione della sua compilazione in più originali, o dal non essere stato fatto nella realtà che in un solo originale (2), vien sanata dalla esecuzione totale o parziale della convenzione che esso racchiuda (3). Nonpertanto, se la convenzione fosse stata eseguita da una delle parti soltanto, senza che l'altra fosse in alcun modo concorsa o avesse partecipato all'esecuzione (4), il vizio dell'atto sussisterebbe in ordine a questa ultima, la quale sarebbe ancora

(1) Secondo la giureprudenza del parlamento di Parigi, l'inosservanza della formalità del doppio viziava la convenzione nella sua essenza, e facevala considerare come non avvenuta per mancanza di reciproco legame. Concludevasi logicamente da questo principio, che l'esecuzione istessa della convenzione non ne operasse la conferma. Rigettando questa conseguenza, i compilatori del Codice civile hanno implicitamente abbandonato il principio da cui essa discendeva. Quel che prova, d'altronde, non avere essi voluto consacrare in tutta la sua estensione la dottrina del parlamento di Parigi, si è la compilazione medesima del primo comma dell'articolo 1279. Di fatti quest'articolo non dice già: Le convenzioni sinallagmatiche contenute in atti privati non sono valide, se non io quanto tali atti sieno fatti, ec. Esso dispone così: « *Gli atti privati, i quali contengano convenzioni sinallagmatiche*, *non sono validi*: il che indica chiaramente, che, nell'idea del legislatore, la non validità si attacca solamente al contenente, vale a dire, all'atto privato come tale, e non al contenuto, vale a dire alla convenzione che esso atto contenga. Tutti i commentatori del Codice sono di accordo su questo punto. Vedi soprattutto: Toullier, VIII, 318; Merlin, *Rep.*, *v. cit.*, n. 5, Bonnier, n. 564.

(2) Il secondo comma dell'articolo 1279 non parlando che della mancanza di menzione della compilazione in doppio, se n'è inferito per argomento *a contrario*, che l'esecuzione della convenzione covra bensì l'irregolarità risultante dalla mancanza di questa menzione, ma non cancelli il vizio risultante dal non essere stato l'atto realmente formato in doppio. V. in questo senso: Brusselles, 2 dic. 1808, Sir., VIII, 2, 76. Ma quest'argomento è fallace, perchè tende a creare una eccezione al principio generale stabilito dall'art. 292, e perchè non havvi alcun motivo da distinguere, quanto all'applicazione di questo principio, tra le due ipotesi di che si tratta. Toullier, VIII, 333. Duranton, XIII, 161. Torino, 6 maggio 1806, Sir., VI, 2, 661. Brusselles, 22 aprile 1812, XIII, 2, 13. Civ. cass., 13 febbraio 1814. Sir., XIV, 1, 134. Ric. rig., 1 marzo 1830, Sir., XXX, 1, 83. (Brusselles, 26 novembre 1824, *Pasicrisia belgica*, sotto questa data; Dalloz, t. XI, n. 3).

(3) I fatti di esecuzione, posteriori alla firma dell'atto, eliminano completamente la presunzione di non essere altro esistito tra le parti che un semplice progetto di convenzione. Confr. la nota precedente.

(4) Il più sovente, i fatti di esecuzione di una convenzione sinallagmatica sono comuni alle due parti, in quantochè una di essa riceve o accetta ciò che l'altra paga o consegna; e quando la cosa vada così, la convenzione deve essere reputata come stata eseguita dalle due parti. Toullier, VIII, 341. Duranton, XIII, 162.

ammessa ad opporlo (1). Articolo 1279, comma 2. Così avviene, per esempio, nel caso di una vendita, comprovata mercè un atto privato non fatto in doppio, il pagamento di una porzione del prezzo, versata dal compratore nelle mani del venditore stesso, covre il vizio dell'atto rispetto alle due parti: mentrechè il pagamento, fatto nelle mani di un terzo in virtù di una delegazione contenuta nell'atto, non produce quest'effetto se non riguardo al compratore.

Ma i fatti di esecuzione parziale, come il pagamento di un acconto, comprovati dall'atto medesimo, non cancellerebbe il vizio da cui quest'atto trovisi infetto(2).

Il deposito di un atto privato, non valido secondo l'artic. 1279, presso di un notaio, o anche di una persona privata, incaricata di conservarlo o di farne uso nello interesse comune delle parti, equivale, dal canto di quelle che sieno concorse a tale deposito, all'esecuzione della convenzione contenuta nell'atto (3). Quindi al-

(1) La disposizione del secondo comma dell'art. 1279, giusta la quale la mancanza di adempimento della formalità del doppio, non può essere opposta da colui che, dal canto suo, abbia eseguita la convenzione, non ci sembra guari in armonia con lo spirito generale di quest'articolo. In somigliante caso, la posizione delle parti non è più uguale; perciocchè l'una di esse trovasi d'allora in poi irrevocabilmente ligata, mentre l'altra rimane in libertà di eseguire o di non eseguire la convenzione. Da un altro canto, lo stesso atto il quale, riguardo ad una delle parti, prova compiutamente l'esistenza di una convenzione diffinitiva, non indica, riguardo all'altra, che un semplice progetto di convenzione: il che è difficile a comprendersi. Sembra che il legislatore, ond'essere conseguente con sè medesimo, non avrebbe dovuto ammettere come tali da covrire il vizio risultante dalla inosservanza della formalità del doppio se non fatti di esecuzione comuni alle due parti.

(2) Un atto, il quale non provi che le parti abbiano diffinitivamente conchiusa la convenzione che esso enuncia, non può neppure provare che esse abbiano inteso di eseguirla come una convenzione diffinitivamente stabilita. Allorchè dunque un somigliante atto comprovi il pagamento di un acconto, siamo menati, per la forza delle cose, a riguardare questo pagamento come semplicemente stato fatto per riguardo alla convenzione che le parti proponevansi di conchiudere, vale a dire, con una prevesione che non si è punto effettuata. Toullier, VIII, n. 335 e 337. Brusselles, 2 dicembre 1807, Sirey, VIII, 2, 76. Del resto, ci sembra fuori di dubbio che se un atto privato, non fatto in doppio, non forma neppure un principio di pruova scritta della esistenza di una convenzione diffinitiva, tale atto non provi però meno, in un modo compiuto, i pagamenti che esso assicuri, in quanto questi pagamenti si riguardino come fatti in considerazione della convenzione progettata fra le parti; e la restituzione di pagamenti così fatti può essere domandata per mezzo di una vera *condictio, causa data, causa non secuta*.

(3) Di fatti, il deposito di un atto privato, fatto per conto e nell'interesse comune di tutte le parti, esclude da canto di quelle, che sieno concorse a questo deposito, l'idea d'un semplice progetto di convenzione.

lorchè il deposito sia stato effettuato di comune accordo dalle due parti, il vizio dell' atto trovasi sanato riguardo ad entrambe (1). Per contrario, se il deposito fosse stato fatto da una delle parti soltanto, l' irregolarità non resterebbe sanata che relativamente a lei (2).

Del resto, una delle parti non può, contro la volontà dell'altra, riparare all' omissione della formalità del doppio, notificandole o una dichiarazione di accettazione della convenzione, o il deposito dell' atto presso di un notaio (3).

Il vizio risultante dall'inosser-

Relativamente a ciò, non havvi alcuna distinzione a stabilire tra il caso in cui il deposito abbia avuto luogo presso gli atti di un notaio, e il caso in cui l'atto sia stato consegnato ad un semplice privato. Grenoble, 2 agosto 1839, Sir., XL, 2, 196 Vedi in senso contrario: Caen, 24 aprile 1822; Sir., XXV, 2, 169. Del resto, se il portatore d'un atto fatto in un solo originale lo avesse depositato nelle mani di un terzo; non già per conto di tutte le parti, ma unicamente nel suo personale interesse, questo non coprirebbe punto, neppure riguardo a lui, il vizio dell'atto.

(1) Parigi, 27 gennaio 1806, Sir., VII, 2, 924. Ric. rig., 25 febbraro 1835, Sir., 35, 1, 225. Bordeaux, 23 novembre 1843, Sir., XLIV, 2, 299.

(2) Bourges, 27 giugno 1823, Sir., XXIV, 2, 51. Bordeaux, 13 marzo 1829, Sir., XXIX, 2, 170. Conf. nondimeno: Ric. rig., 20 dicemb. 1830, Sir., XXXI, 1, 38.

(3) Toullier, VIII, 325, e Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Scritture in doppio, n. 51, insegnano il contrario, fondandosi sopra un arresto del parlamento di Parigi, del 30 agosto 1778, riportato da Merlin, *Rep.*, v. Scrittura in doppio, n. 2. Ma tale arresto, pronunziato in circostanze del tutto particolari, non può essere seguito sotto il Codice civile. Difatti, risulta chiaramente dal secondo comma dell' articolo 1279, che se una delle parti può, col suo fatto, perdere il dritto di eccepire l'omissione della formalità del doppio, ella non può privare l'altra del benefizio di questa eccezione. D' altronde, secondo il sistema che noi combattiamo, dipenderebbe da uno dei contraenti il servirsi dell' atto per astringere l'altro alla esecuzione della convenzione, mentre quest'ultimo non avrebbe la medesima facilità; ed è questo appunto l'inconveniente cui il legislatore ha voluto prevenire. Indarno dicesi che la convenzione sinallagmatica, contenuta in un atto non fatto in doppio, debba per lo meno aver l'effetto di una offerta fatta da una delle parti all'altra, e che l'accettazione della offerta renda il contratto perfetto. Questo ragionamento è fondato sopra una confusione evidente di idee. Senza dubbio, l'accettazione di un'offerta è sufficiente per la formazione di un contratto, allorchè colui che ha fatta l' offerta abbia esplicitamente o implicitamente fatta conoscere l'intenzione di obbligarsi diffinitivamente pel caso in cui questa offerta venisse ad essere accettata. Ma quando non sia esistito tra le parti che un semplice progetto di convenzione, non può dirsi che l'una di esse abbia fatta all'altra un'offerta di natura tale, da ligarla in caso di accettazione: e quando anche si ammettesse l' esistenza di una offerta di tale natura, si dovrebbe trarre dalla mancanza d'un doppio originale la conseguenza che tale offerta non sia stata ritrattata in tem-

vanza della formalità del doppio non si covre mediante la prescrizione di dieci anni stabilita dall'art. 1258 (1).

La disposizione dell'art. 1279 non si applica alle convenzioni sinallagmatiche che costituiscano, riguardo a tutte le parti, degli atti di commercio: poco importando per altro che esse sieno o no intervenute tra commercianti (2). Se una convenzione sinallagmatica costituisca un atto di commercio in rapporto soltanto ad una delle parti, l'atto privato avente per oggetto il comprova la dovrebb' esser fatto in dopp per esser valido riguardo all'a tra parte. Da un altro canto, formalità del doppio dev' esser osservata semprechè trattisi convenzioni sinallagmatiche, quali, benchè fatte tra commer cianti, e regolate dal dritto com merciale, non costituiscano per atti di commercio (3). Ciò ha luo go soprattutto per le società com merciali, sia propriamente dette sia in partecipazione (4).

2) Del buono, o approvato (5).

po utile. Aggiugniamo, che l'artic. 1279 occupandosi, non della convenzione propriamente, ma soltanto della forza probante dell'atto che la contenga, le regole intorno alla formazione dei contratti non possono servire all'interpetrazione di questo articolo.

(1) Duranton, XIII, 163.

(2) Questa eccezione risulta dallo art. 108 del Codice di commercio, il quale si applica non solamente alle compre e vendite, ma a tutte le convenzioni costituenti atti di commercio, ed il quale, da un altro canto, non distingue tra il caso in cui somiglianti convenzioni sieno intervenute tra commercianti, ed il caso in cui abbiano avuto luogo tra non commercianti. Toullier, VIII, 342. Duranton XIII, 149. Treves, 30 maggio 1810, Sir., VII, 2, 924 Pardessus nondimeno, *Corso del diritto commerciale*, I, 243, sembra che ammette l'eccezione di che trattasi sol relativamente alle convenzioni intervenute fra commercianti.

(3) Toullier, VIII, 342, insegna, per argomento *a contrario* dall'articolo 32 del Codice di commercio, che l'articolo 1279 sia inadattabile a tutte le convenzioni che entrano nel dritto commerciale; e Pardessus *op. e luogo cit.* sembra essere dello stesso avviso. Ma questa maniera di vedere ci sembra inesatta. Ed in vero, l'art. 32 del Codice di commercio rammenta sol transitoriamente la disposizione dell'artic. 1279 del Codice civile, e nulla indica che, dichiarandola adattabile agli atti di società, il legislatore sia partito dalla supposizione, che, di sua natura essa fosse estranea ad ogni speci di convenzione regolata dal dritto commerciale, e che egli abbia inteso di stabilire una regola speciale ed affatto eccezionale per gli atti d società. Adunque, l'argomento *a contrario*, che si trae dall' art. 32 de Codice di commercio, è privo di forza, e dev' essere rigettato, perciocchè tende in conclusione a creare una eccezione ad una regola di diritto comune. Conf. Codice di commercio, artic. 201, 271, 301 e 33.

(4) Colmar, 28 agosto 1816, Sir., XVII, 2, 408. La Corte reale di Lione 18 dicembre 1829, Sir., XXVII, 2, 191, ha ugualmente applicato l'art. 1279 ad un atto privato il quale conteneva, da canto di uno dei creditori di un fallimento, adesione all accordo fatto col fallito.

(5) La formalità del *buono* o *approvato* è stata tolta a prestito dalla

Ogni atto privato contenente un'obbligazione unilaterale di pagare una somma di danaro, o di rilasciare una determinata quantità di cose che si determinino a numero, a peso o a misura (1), deve, eccetto se sia scritto per intero di proprio pugno della parte obbligata, essere rivestito di *un buono* o *approvato*, scritto di sua mano, ed indicante in lettere per esteso la somma o la quantità promessa. Artic. 1280. Importa poco, sotto questo rapporto, che l'atto sia firmato da una sola o da più persone, e che i diversi soscrittori siensi obbligati congiuntamente od anche solidalmente. Quindi, allorchè più persone si sieno obbligate congiuntamente o solidalmente, la formalità di che trattasi deve essere adempiuta da ciascuno degli obbligati, ancorchè il corpo dell'atto sia scritto per intero di mano di uno di essi (2). Questo è ciò che ha luogo principalmente nel caso in cui una donna maritata firmi con suo marito un atto scritto per intero di mano di costui (3).

Da un altro canto, non havvi,

dichiarazione del 22 settemb. 1733, che avevala stabilita collo scopo di metter termine all'abuso delle firme in bianco, di cui gli esempii erano divenuti frequentissimi. Si è fatto osservare con ragione, che questo *rimedio* è in sè medesimo sufficiente, e che le eccezioni ammesse per gli atti sottoscritti da artigiani, coltivatori, vignaiuoli e persone di servizio, tolgono alla legge ogni reale utilità, lasciando senza protezione la classe più numerosa della società, e quelli che appunto avrebbero avuto bisogno di una protezione più particolare contro le sorprese e gli abusi delle firme in bianco. Confr. Toullier, VIII, 277 e seg. Duranton, XIII, 178. Del resto, vuolsi notare, da un canto, che la compilazione dell'artic. 1280, più larga di quella della dichiarazione del 1733, estende la formalità del *buono* ad atti che altra volta non vi erano sottoposti, e che, da un altro canto, la disposizione di questo articolo è meno rigorosa di quella della dichiarazione del 1733, in quantochè pronunzia, come quest'ultima, la nullità degli atti nei quali questa formalità non sia stata adempiuta.

(1) In tal guisa convien intendere le parole dell'artic. 1280: « o altra cosa valutabile »: le parole, le quali, per la loro generalità, sembra che comprendano tutto ciò che presenti un valore pecuniario, ma il cui vero significato è nettamente indicato dalle parole che seguono: « la somma o la quantità della cosa ». Adunque l'art. 1280 è estraneo agli atti che comprovino una obbligazione unilaterale di consegnare una cosa determinata nella sua individualità. Toullier, VIII, 303. Bonnier, n. 551. Duranton, XIII, 170 sembra essere contrario.

(2) Allorchè l'artic. 1280 parla di una promessa con la quale « una sola parte si obbliga verso l'altra », ciò deve intendersi di una promessa unilaterale, o che sia soscritta da *un solo* o che sia soscritta da *più*, e non già di un'obbligazione contratta da *una sola persona*. Toullier, VIII, 300 e 391. Duranton, XIII, 179. Bonnier, 558. Brusselles, 23 luglio 1181, Sir., XII, 2, 105. Civ. cass., 8 agosto 1815, Sir., XVI, 1, 97. Vedi in senso contrario: Consultazione di Dupin, Tripier e Boulanger, Sir., XVI, 1, 98. Brusselles, 27 giugno 1809, Sir., IX, 2, 407. Conf. le autorità citate nella nota seg.

(3) Nougier, *delle Lettere di cambio*, I, 302. Civ. cass., 8 ag. 1815,

per l'applicazione dell'art. 1280, alcuna distinzione a fare, sia per ragione della forma dell'atto, sia per ragione della natura particolare della obbligazione e delle circostanze nelle quali essa obbligazione sia stata contratta (1). Quindi derivano, tra le altre, le seguenti conseguenze:

1) Un atto, il quale in realtà contenga un'obbligazione unilaterale, dev'essere rivestito del *buono* o *approvato*, anche quando le parti gli abbiano data la forma di un atto sinallagmatico (2).

2) I biglietti ad ordine o al latore sottoscritti da non commercianti, sono, al pari delle semplici promesse, sottoposti alla formalità di che trattasi (3). La cosa va diversamente, in generale, rispetto alle lettere di cambio (4). Nondimeno, se una lettera di cambio dovesse, per ragione di circostanze qualunque, essere reputata semplice promes-

Pasicrisia belga, sotto questa data. Civ. cass., 6 maggio 1816. Sir., XVI, 1, 195. Caen, 3 gennaio 1827. Sir., XXVIII, 2, 84. Vedi in senso contrario: Parigi, 29 marzo 1313, Sirey, XIV, 2, 78.

(1) La generalità delle espressioni dell'artic. 1280, ed i motivi sui quali è fondata la sua disposizione, respingono ogni distinzione. Ciò che d'altronde non lascia alcun dubbio sulla estensione di quest'articolo, si è la differenza che passa tra la sua compilazione e quella della dichiarazione del 1733. Di fatti questa dichiarazione era così concepita: « Tutti i biglietti per atto privato, al latore, ad ordine, o altrimenti, causati per valore in danaro saranno di niuno effetto, ecc. »; e si comprende perchè la dottrina e la giureprudenza abbiano molto generalmente considerata questa disposizione inadattabile ad atti, i quali, benchè comprovanti un'obbligazione unilaterale, non entrino però nella enumerazione che abbiamo rammentata, siccome sarebbero, a cagion di esempio, gli atti di costituzione di rendita o di fideiussione. Ma aggiungendo alla parola « biglietti », il cui senso usuale è molto ristretto, il vocabolo generico di « promessa », e sostituendo alle espressioni: *causati per valore in danaro*, le parole generiche « colla quale una sola parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro o a darle altra cosa valutabile », i compilatori del Codice civile hanno chiaramente manifestata l'intenzione di sottoporre indistintamente alla formalità del *buono* ogni atto privato contenente un'obbligazione unilaterale di pagare una somma di danaro, ovvero una determinata quantità di derrate o di mercanzie.

(2) Toullier, VIII, 307. Confr. civ. cass., 7 giugno 1793. Sir., I, 1, 34. Bordeaux, 3 gennaio 1832, Sirey, XXXII, 2, 204.

(3) Confr. Dichiarazione del 1733. Merlin. *Rep.*, v. Biglietto ad ordine, § 1, artic. 5. Duranton, XIII, 178. Pardessus. *Corso di dritto commerciale*, I, 245. Nougnier, *op. cit.*, I, 500. Civ. cass., 27 gennaio 1812, Sir., XII, 1, 144. Parigi, 20 marzo 1830, Sir., XXXI, 2, 174. Vedi nondimeno in senso contrario: Liegi, 14 aprile 1813. Sir., XIV, 2, 183.

(4) Arg. Codice di commercio, articolo 109. Merlin, *op. e v. cit.* Delvincourt, II, 614. Duranton, XIII, 176. Pardessus, *op. e luogo cit.*, Tolosa, 30 dicembre 1829. Sir., XXX, 2, 128. Montpellier, 20 genn. 1835, Sir., XXXV, 2, 336. Vedi in senso contrario: Nougnier, *op. cit.*, I, 73.

sa, essa non varrebbe se non in quanto portasse il *buono* o l'*approvato* (1). Questo è ciò che ha luogo segnatamente per le lettere di cambio sottoscritte da donne che non sieno pubbliche mercantesse (2).

3) La formalità del *buono* è adattabile agli appuramenti di conto, coi quali uno parte si obblighi di pagarne il residuo (3), agli atti di ricognizione di deposito(4), ed agli atti di costituzione di rendita (5).

4) Siffatta formalità è richiesta per gli atti che contengano una obbligazione accessoria, quale sarebbe una fideiussione, come per quelli che racchiudano un'obbligazione principale (6). Nondimeno, tale formalità non è necessaria allorchè trattisi della fideiussione data sotto forma di avallo, per garentia d'una lettera di cambio, tratta, sia da un commerciante, sia da un non commerciante, o di un biglietto ad ordine emanato da un commerciante (7) eccetto se l'avallo sia dato da una donna che non sia pubblica mercantessa (8).

5) In fine, la formalità del *buono* o *approvato* è richiesta anche nel caso in cui un obbligo unilaterale, contratto ad occasione di una convenzione sinallagmatica, trovisi comprovato nello stesso atto che comprovi quest'ultima. Così, per esempio, un atto di affitto, che comprovi nello stes-

(1) Confr. Codice di commercio, art. 111. Duranton, XIII, 176.

(2) Confr. Codice di commercio, art. 113. Civ. cass., 17 agosto 1808, Sir., VIII, 1. 492. Civ. cass., 26 maggio, 1823, Sir., XXIV, 1, 122.

(Un avallo, dato ad un biglietto ad ordine da una donna non mercantessa, dee, per esser valido, essere rivestito di *buono* o *approvato* in lettere per esteso. Brusselles, cass., 6 marzo 1838. *Bull.*, 1838, 354).

(3) Merlin. *Rep.* v Biglietto, § 1, n. 9. Duranton, XIII, 172. Bordeaux, 3 gennaio 1832, Sir., XXXII, 2, 204. Vedi in senso contrario: Toullier, VIII, 306. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Approvazione di scrittura, n. 18: Metz; 20 febbraio 1811, *Pasicrisia belga*, sotto questa data; Angers, 9 agosto 1829, Sir., XXI, 2, 180; Grenoble, 26 gennaio 1826, Sir., XXVI, 2, 308.

(4) Toullier, VIII, 304. Duranton, XIII, 171. Civ. cass., 12 gennaio 1814, Sir., XIV, 1, 33.

(5) Duranton, XIII, 173. Vedi in senso contrario: Toullier, VIII, 305; Rolland, de Villargues, *op. e v. cit.*, n. 16. Confr. Ric. rig., 13 fruttidoro anno XI, Sir., IV, 2, 25.

(6) Merlin, *op. e v. cit.*, § 1, n. 8. Duranton, XIII, 173. Civ. cass., 21 agosto 1827. Sir., XXVIII, 1, 60. Orléans, 14 gen. 1828, Sir., XXVIII, 2, 108. Vedi altresì le autorità citate nella nota seguente. Vedi in senso contrario: Parigi, 13 marzo 1816, Sir., XVII, 2, 48; Lione, 12 aprile 1832, Sir., XXXIII, 2, 428.

(7) Arg. Codice di commercio, art. 140 e 188. Merlin, *op. e luogo cit.* Duranton, XIII, 176. Civ. cass., 25 gennaio 1814. *Pasicrisia belga*, sotto questa data.

(8) Arg., Codice di commercio, art. 113 LL. di eccez. Merlin, *op. e luogo cit.* Pardessus *del Contratto di cambio*, II, 316 e 317. Nouguier, *op. cit.*, I, 315. Nancy, 9 marzo 1818, Sir., XVIII, 2, 274. Civ. cass., 18 febbraio 1822, Sir., XXII, 1, 318. Parigi, 20 marzo 1830, Sir., XXXI, 2, 174.

so tempo un' anticipazione fatta dal locatore al conduttore, deve, in quanto a tale anticipazione, essere rivestito del *buono* o dell'*approvato* (1).

La disposizione dell'art. 1280 rimane senza applicazione, allorchè la quantità promessa non possa essere determinata o valutata nel momento della soscrizione dell'atto (2). Questa disposizione è d'altronde estranea alle girate apposte, anche da non commercianti, ad *effetti negoziabili* (3). Essa è ugualmente estranea alle quietanze. Sarebbe lo stesso, anche nel caso in cui, trattandosi di quietanze rilasciate da un mandatario o da un amministratore dell' altrui patrimonio, le persone, di cui egli abbia gerito gli interessi, si prevalessero di tali quietanze per chiedergli conto dei pagamenti che esse comprovino (4).

Un *buono o approvato* il quale invece di enunciare in lettere per esteso la somma o la quantità promessa, la indicasse solamente in cifre, non basterebbe per soddisfare al voto della legge. A maggior ragione, la semplice approvazione di scrittura, senza veruna indicazione di questa somma o di questa quantità, sarebbe insufficiente (5).

(1) Duranton, XIII, 174; Parigi, 15 ventoso anno XIII, Sir., V, 2, 550.

(2) Risulta chiaramente da queste parole dell' art. 1280: « indicare IN LETTERE PER ESTESO la somma o la quantità», avere il legislatore avute in mira obbligazioni il cui ammontare fosse suscettivo di essere indicato in cifre: e ciò suppone che la somma o la quantità promessa sia determinata e conosciuta nel momento della sottoscrizione dell'atto. Agen, 9 novemb. 1823, Sir., XXVI, 2,3. Si è nondimeno preteso che gli atti contenenti una obbligazione indeterminata dovessero essere rivestiti di un'approvazione scritta di mano del soscrittore, ed enunciante *che egli si obbliga per una somma o per una quantità indeterminata*. Conf. in questo senso: Metz, 28 marzo 1833, Sir., XXXV, 2, 49. Può dirsi in appoggio di questa opinione, che l'inconveniente, al quale il legislatore ha voluto ovviare, esistendo per gli atti che contengano obbligazioni indeterminate, come per quelli che racchiudano obbligazioni il cui *quantum* si trovi fissato, l' approvazione della scrittura sia del pari necessaria tanto per gli uni quanto per gli altri; e che, se è impossibile, rispetto agli atti della prima specie, lo adempire a questa formalità secondochè è prescritta dall'art. 1280, bisogni almeno adempirvi nel modo onde la natura delle obbligazioni, che essi comprovino, permetta di farlo. Ma, per quanto plausibili sieno tali ragioni, noi non crediamo che si debba arrestarvisi. Esigere per gli atti contenenti obbligazioni indeterminate un' approvazione di scrittura nei termini testè indicati, è un creare una formalità che l'articolo 1280 non ha stabilita, ed un aggiungere per tal guisa alla disposizione di quest' articolo. Ora, per la sola ragione che siffatta disposizione è di natura eccezionale, essa non dev'essere estesa, per analogia, ad ipotesi che la legge non ha prevedute.

(3) Bonnier, num. 553. Confr. civ. cass., 7 termidoro anno XI, Sir., III, 2, 352.

(4) Duranton, XIII, 166. Parigi, 11 termidoro anno XIII, Sir., V, 2, 304.

(5) Merlin, *Rep.*, v. Biglietto, § 1, n. 2, Civ. cas., 17 agosto 1808, Sir.,

Per eccezione alla regola generale che abbiamo dianzi sviluppata, gli atti procedenti da mercatanti (1), artigiani, coltivatori di campagna (2), vignaiuoli, giornalieri, e persone di servizio, sono dispensati dalla formalità del *buono* o *approvato*. Art. 1280, comma 2.

Per giudicare se un atto il quale, di sua natura, sarebbe stato sottoposto alla formalità di cui si tratta, se ne trovasse per eccezione dispensato a causa della qualità del soscrittore, fa mestieri esclusivamente attenersi alla professione che quest'ultimo avea nell'epoca della formazione dell'atto (3). Laonde, i biglietti sottoscritti da un antico commerciante, dopo la cessazione del suo commercio, debbono essere rivestiti del *buono* o dell'*approvato* (4). Reciprocamente, colui il

VIII, 1, 492. Civ. cass., 26 maggio 1823, Sir., XXIV, 1, 122.

(1) La voce « mercante » è adoperata *sensu lato*, e comprende i negozianti, i manifatturieri ed i banchieri. Confr. *Discussione presso il consiglio di Stato*, Locré, *Legisl.*, t. XII, n. 17.

(L'eccezione dell'art. 1280 non può essere estesa a' militari. Brusselles, 14 ottobre 1824; *Giur. di B.*, 1824, 2, 179; Dalloz, XXI, 146, n. 7).

(2) La qualità di coltivatore di campagna, nel senso dell'art. 1280, appartiene solamente a quelli che travaglino, di loro propria persona e con la loro famiglia, nella coltivazione delle terre, e che traggano da questo travaglio i loro mezzi di sussistenza. Ric. rig., 1 febbraio 1836, Sir., XXVI, 1, 84. Ric. rig. 17 febbraio 1836, Sir., XXXVI, 1, 660. Del resto, coloro i quali si trovino in questa condizione debbono, quanto all'applicazione dell'art. 1280, essere noverati nella classe de' lavoratori, poco importando che essi coltivino le loro proprie terre o quelle di altrui, e che essi travaglino solamente con la loro famiglia, o abbiano a' loro servigi dei domestici o giornalieri. Parigi, 7 gennaro 1817, Sir., XVIII, 2, 36. Civ. cass., 23 febbraio 1824, Sir., XXIV, 1, 194. Bordeaux, 22 lug. 1829, Sir., XXIX, 2, 341. Grenoble 22, agosto 1829, Sir., XXX, 2, 76. Nimes, 4 gennaio 1830, Sir., XXX, 2, 184.

(La qualità di coltivatore di campagna, nel senso dell'art. 1280 del Codice civile, s'appartiene non solamente a colui che coltivi le terre per conto altrui, ma altresì a colui il quale nella campagna coltivi le sue proprie terre, si dia egli stesso ai travagli dell'agricoltura e ne faccia la sua professione abituale.—Il suo biglietto è valido, benchè non iscritto di sua mano, e benchè ei non abbia approvata la somma in lettere per esteso. Gand, 20 giugno 1836, *Giur. di B.*, 1836, 344.

— Un biglietto, contenente promessa ed obbligazione solidale, soscritto da tre persone, di cui una abbia scritto il corpo dell'atto, senza che vi sia un *buono* o *approvato* delle due altre, è obbligatorio riguardo a queste ultime, se sieno *coltivatrici*. — Questa qualificazione, enunciata *nelle qualità* della sentenza di prima istanza, non può essere contraddetta in grado di appello. Brusselles, 25 aprile 1822. *Giur. di B*, 1822, 1, 298; Dalloz, XXI, 155 e seg.)

(3) Toullier, VIII, 299. Duranton, XIII, 184.

(4) Lo stesso è de' biglietti firmati da antichi artigiani. Caen, 15 dicembre 1824, Sir., XXVI, 2, 3. Vedi nondimeno in senso contrario: Parigi,

quale, durante l'esercizio della professione di commerciante, abbia sottoscritti dei biglietti rivestiti del *buono* o *approvato*, non può eccepire la mancanza di tale formalità, sebbene abbia cessato d'esercitare il commercio sin prima della scadenza di questi biglietti.

L'eccezione che riceve in ragione dello stato o della professione di tali individui, la regola stabilita nell'artic. 1280, non si estende di pieno dritto alle mogli di questi individui. Quindi la moglie di un commerciante o di un artigiano non deve, come tale, ed in quanto all'applicazione di questo articolo, esser posta nella classe dei mercanti o degli artigiani (1). Ma la moglie di un coltivatore di campagna o di un giornaliero deve, almeno in generale, essere considerata come appartenente ancor ella alla stessa classe dei coltivatori di campagna o delle persone di servizio (2).

La mancanza d'approvazione di

18 febbraio 1808, Sir., VII, 2 786. Se i biglietti fossero stati sottoscritti da un antico commerciante o artigiano, in una epoca vicinissima a quella in cui egli esercitava ancora la sua professione, e prima che il suo cangiamento di posizione fosse generalmente conosciuto, questi biglietti potrebbero essere mantenuti fermi, malgrado la mancanza del *buono o approvato*.

(Il biglietto sottoscritto da un mercante, in un tempo vicino alla sua ritirata dagli affari, è dispensato dal *buono o approvato* dall'art. 1280. Liegi, 13 febbraio 1840, *Giur. di B.*, 1840, 177).

(1) Arg. Codice di commercio, art. 5 e 9, comb. 113. Civ. cass., 12 gennaio 1814, Sir., XIV, 1, 33. Civ. cass., 6 maggio 1816, Sir., XVI, 1, 227. Civ. cass., 1 maggio 1820, Sir., XX, 1, 416. Angers, 11 dicembre 1823, Sir., XXIV, 2, 87.

(La moglie di un mercatante non è per questa ragione reputata mercantessa, quanto alla applicazione dell'art. 1280. Ella deve approvare i biglietti firmati da lei senza essere scritti di sua mano. Brusselles, 3 marzo 1832, *Giur. del XIX secolo*, 1832, 3 201; Dalloz, XXI, 147).

(2) Grenoble, 22 agosto 1829, Sir., XXX, 2, 76. Lione, 12 dicembre 1829, Sir., XXXI, 2, 225. Ric. rig., 9 dicembre, 1839, Sir., XL, 1, 30. Vedi nondimeno in senso contrario: Caen, 3 genn. 1827, Sir., XXXVIII, 2, 84; Ric. rig., 22 luglio 1828, Sir., XXIX, 1, 88; Ric. rig., 26 febbraio 1845, Sir., XLV, 1, 731. La distinzione che noi abbiamo stabilita tra le mogli de' coltivatori, vignaiuoli o persone di servizio, e le mogli di mercatanti o artigiani, va giustificata mercè le considerazioni seguenti: L'eccezione ammessa dal 2 comma dell'art. 1280, relativamente a' mercatanti o artigiani, è fondata sulla costante abitudine in cui costoro sono di firmare biglietti o altri atti, senza rivestirli del *buono* o *approvato*; e si comprende che questa ragione, la quale dipende dagli usi della loro professione, non si estende alle loro mogli, neppur quando esse li aiutino nell'esercizio di questa professione. Per contrario, l'eccezione ammessa relativamente a' coltivatori, vignaiuoli o persone di servizio, è fondata sul riflesso che molte persone appartenenti a queste diverse classi della società sapendo segnare solamente il loro nome, elleno sarebbero state sottoposte alla necessità di ricorrere al ministero di un notaio, anche per atti di poca importanza, ove non si fossero dispensati

un atto privato contenente un obbligo unilaterale non trae seco la presunzione che tra le parti sia esistito soltanto un progetto di convenzione (1), e non esercita veruna influenza sulla validità di tale obbligo (2). L'unica conseguenza che derivi da questa omissione si è, che l'atto, per sè stesso, non forma pruova compiuta dell'obbligo che enuncia. Ma deve essere considerato (3) come un principio di pruova scritta, tale da rendere ammessibile la pruova testimoniale, ed anche le semplici presunzioni, o da autorizzare la delazione di un giuramento suppletorio (4).

dalla formalità del *buono* o *approvato*. Or questo motivo, il quale è poggiato sulla presunzione della mancanza d'istruzione, esiste per le mogli dei coltivatori, vignainoli e persone di servizio, come esiste per questi ultimi. Confr. *Esposizione de' motivi*, di Bigot-Preamenen, Locrè *Legisl.*, t. XII, n. 191; *Rapporto al tribunato*, di Jaubert, Locrè *Legisl.*, t. XII, n. 12.

(1) Questa presunzione mancherebbe di ogni base nella ipotesi di cui qui trattasi.

(2) Toullier, VIII, 281. Duranton, XIII, 187 e 188, Torino, 20 aprile 1808, Sir., IX, 2 309. Ric. rig, 23 aprile 1829, Sir., XXIX, 1, 366. Parigi, 19 aprile 1830, Sir., XXXI, 3, 69.

(3) Diciamo, *che esso possa essere considerato*, ecc; perciocchè i giudici non sono obbligati di ammettere un atto irregolare per mancanza del *buono o approvato*, come principio di pruova scritta. Ric. rig., 22 aprile 1818. Sir., XIX, 1, 195.

(4) Arg. art. 1301, comb. art. 1307, e 1321. Se peculiari ragioni, per le quali abbiamo deciso *supra*, che un atto privato, contenente una convenzione sinallagmatica, non possa, in mancanza di compilazione in doppio, servire come principio di pruova per iscritto, non trovano applicazione ai biglietti o promesse che non sieno rivestiti del *buono o approvato*. Di fatti, l'omissione di quest'ultima formalità non fa, come la mancanza della formalità del doppio, nascere la presunzione di non essere esistito tra le parti che un semplice progetto di convenzione.

—Fermato questo punto, noi non veggiamo alcun solido motivo per eliminare, quanto alle promesse o ai biglietti, la cui scrittura non sia approvata, l'applicazione dell'articolo 1301. D'altronde, è bastevole il comparare la compilazione dell'articolo 1280, da un lato, con quella della dichiarazione del 22 settembre 1734, e dall'altro lato, con quella dell'art. 1279, per convincersi che i compilatori del Codice civile non hanno prescritta l'approvazione della scrittura con lo stesso spirito che il legislatore del 1733, e che, secondo la loro mente, l'inosservanza di questa formalità non dovea produrre conseguenze così rigorose come l'omissione della formalità del doppio. Indarno si obietta che la nostra opinione tenda a rendere presso a poco illusoria la disposizione dell'artic. 1289. Questa obiezione è priva di valore. La disposizione di tale articolo ha, anche secondo il nostro sistema, una sanzione reale e positiva, in quantochè l'omissione della formalità, cui esso prescrive, toglie ai biglietti o alle promesse la forza probante la quale, per regola generale, è inerente agli atti privati di cui la firma sia riconosciuta; in guisa che il giudice non è nè obbligato nè autorizzato a pronunziare una condanna sul solo fondamento di somiglianti biglietti o promesse, e gode di un potere discrezionale, che gli permette o di rigettarli in-

Del resto, l'omissione della formalità del *buono* o *approvato* non viene coperta dalla prescrizione di dieci anni (1). Essa non si copre neppur necessariamente mercè l'esecuzione parziale della obbligazione (2).

2. Della forza probante degli atti privati.

Un atto privato, tuttochè vali-

teramente, o di ammetterli come formanti un principio di pruova per iscritto. Or questo potere discrezionale ci sembra essere una garentia sufficiente contro i pericoli di sorpresa o di frode, cui l'art. 1280 ha avuto per oggetto il prevenire. Colpire di una assoluta inefficacia i biglietti o le promesse non approvati, sarebbe un oltrepassare lo scopo della legge, ed un permettere ai debitori di mala fede il negarsi alla esecuzione di obbligazioni, la cui sincerità apparisse nondimeno da tutte le circostanze della causa. Merlin, *Rep.*, v. Biglietto, § 1. Toullier, VIII, 281. Duranton, XIII, 189 e seg. Bonnier, n. 554. Parigi, 18 febbraio 1808, Sir., VII, 2, 786. Civ. rig., 2 giugno 1823, Sir., XXIII, 1, 294. Angers, 11 dicembre 1824, Sirey, XXIV, 2, 86. Grenoble, 14 maggio 1828, Sir., XXVIII, 2, 315. Lione, 18 dicembre 1828, Sir., XXIX, 2, 230. Civ. rig., 1 luglio 1828, Sir., XXIX, 1, 199. Ric. rig., 4 febbraio 1829, Sir., XXIX, 1, 196. Bourges, 11 gennaio 1825, Sir., XXV, 2, 201. Lione, 26 genn. 1828, Sir., XXVIII, 2, 259.

(Il biglietto o la promessa per atto privato, che non sia scritta di mano del soscrittore, nè rivestita di un *buono* o *approvato*, non può, in generale, servire come principio di pruova scritta. Può nondimeno essere altrimenti, se il biglietto sia scritto per intero e firmato da un condebitore solidale. Brosselles, 25 giugno 1822, *Giur. di B.*, 1822, 2, 184. Dalloz, XXI, 148, 21, n. 204, num. 8.

—La mancanza del *buono* o *approvato* sopra un atto privato, non iscritto dalla persona che si obblighi, rende l'atto imperfetto, senza renderlo assolutamente nullo. Brosselles, 3 marzo 1832, *Giur. del XIX secolo*, 1832, 3, 202; Dalloz, XXI, 204, n. 9.

— Il *buono* indicante la somma dovuta *in cifre*, e non già in lettere per esteso, costituisce un principio di pruova scritta, il quale può determinare il giudice a deferire al creditore il giuramento suppletorio. Liegi, 13 febbraio 1840, *Giur. di B.*, 1840, 177).

(1) Duranton, XIII, 183.

(2) Toullier, VIII, 302, insegna il contrario, fondandosi sull'ultimo comma dell'art. 1279, comma 4. Ma l'argomento di analogia, ch'egli trae da quest'articolo, non è concludente. Un pagamento parziale, fatto in virtù di una obbligazione comprovata mercè un biglietto non approvato, non rende, di per sè medesimo, certa la somma o la quantità della cosa dovuta, come l'esecuzione parziale di una convenzione sinallagmatica rende certa la conclusione diffinitiva di questa convenzione. Il soscrittore di un biglietto non approvato, il quale abbia fatto un pagamento al creditore, può, anche confessando questo pagamento, porre in contestazione la cifra del debito enunciato nel biglietto, eccetto se questa cifra si trovi stabilita mercè qualche altro atto proceduto dal debitore, o mercè una quietanza che quest'ultimo abbia renduta propria accettandola o producendola, ovvero finalmente se si tratti di un pagamento d'interessi, di natura tale da determinare il *quantum* del debito.

do per la forma, non ha forza probante, se non in quanto la firma, e, essendone il caso, la scrittura ne sia riconosciuta, o in quanto sia stata previamente verificata in giudizio e dichiarata vera (1). Arg. art. 1276. Adunque il giudice contravverrebbe alla legge, se ammettesse come formante pruova un atto privato, senza che la parte contro di cui se ne faccia uso ne avesse riconosciuta la firma o la scrittura, e senza che ella fosse stata messa in mora a negarla o a disconoscerla. Nonpertanto, non è necessario che colui il quale intenda di far uso di un atto privato, ne dimandi formalmente la ricognizione o la precedente verificazione; è bastevole che l'atto sia notificato o comunicato alla parte avversa, il cui silenzio equivale a ricognizione (2). Allorquando un atto privato venga opposto alla stessa persona di cui porti, in apparenza, la firma, costei è tenuta o a riconoscerla, o a negarla formalmente (3). Allorchè, per contro, l'atto venga opposto, sia ai rappresentanti o agli aventi-causa del preteso scrittore, ovvero a dei terzi, essi possono limitarsi a dichiarare di non conoscerne la firma o la scrittura. Art. 1277.

Se vi abbia sia denegazione formale, sia anche semplice dichiarazione di non riconoscenza della firma o della scrittura d'un atto privato, il giudice è obbligato di pronunziare, prima d'ogni condanna, sulla verità dell'atto, ancorchè la parte, la quale lo abbia negato o non riconosciuto, non ne abbia espressamente provocata la verificazione (4). A tal effetto

(1) La differenza che passa, riguardo a ciò, tra gli atti autentici e gli atti privati si spiega facilmente. La firma dei pubblici uffiziali, che possono essere chiamati a ricevere o a compilare atti del loro ministero, è reputata certa e conosciuta dai tribunali, sia di per sè medesima, sia, secondo i casi, in virtù della legalizzazione di cui si trovi rivestita; e si comprende per conseguenza come la esistenza della firma di un uffiziale pubblico sopra un atto del suo ministero venga considerata di attestare o gurentire, fino alla pruova in contrario, la sincerità della firma delle parti che figurino nell'atto. Ma, quando trattisi di scritture private, non esiste alcun motivo il quale permetta di prestarvi fede, in fino a che la firma non ne sia stata riconosciuta da coloro ai quali essa venga opposta, ovvero la sincerità non ne sia stata stabilita contraddittoriamente con essi. La parte, la quale produca uno scritto privato, ch'ella pretenda rivestito della firma della parte avversa, fa un'allegazione pura e semplice, cui ella è tenuta a provare. Toullier, VIII, 56 e 57, 190 a 192.

(2) Toullier, VIII, 229. Duranton, XIII, 113 e 114. Ric. rig., 24 giug. 1806, Sir., VI, 2, 77. Civ. cass., 7 gennaio 1814, Sir., XIV, 1, 138. Ric. rig., 27 ag. 1835, Sir., XXXV, 1, 584.

(3) La semplice dichiarazione di non riconoscenza di una firma non equivale ad una denegazione formale e non obbliga il giudice, allorchè questa dichiarazione proceda dalla persona medesima a cui si attribuisca la firma, di pronunziare espressamente sulla sincerità dell'atto. Ric. rig., 9 dic. 1839, Sir., XL, 1, 30.

(4) Civ. cass., 10 luglio 1816, Sir., XVI, 1, 334. Civ. cass., 15 luglio

egli deve ordinarne la verificazione, eccetto se trovi nella causa elementi di convenzione sufficienti per risolvere la contestazione: nel qual caso, può, senza ulteriore istituzione, ammettere l'atto, dichiarandolo vero, o rigettarlo come falso (1). La regola ora stabilita si applica non solamente al caso in cui un atto venga negato o non riconosciuto per intero, ma ancora al caso in cui la denegazione o la dichiarazione di non riconoscenza versi soltanto su di una parte dell'atto la quale si pretenda di essere stata alterata (2).

La verificazione di scrittura può farsi con titoli, con periti o con testimonî. Il giudice è in libertà di ordinare sia cumulatamente, sia successivamente, questi tre modi di verificazione, o di determinarsi giusta uno di questi modi (3).

Del resto, la ricognizione d'un atto privato può essere provocata, sia incidentemente, ad occasione d'una dimanda di condanna fondata sopra tale atto, o nel corso di ogni altra istanza, sia con azione principale (4).

Gli atti privati riconosciuti da coloro cui vengano opposti, o legalmente ritenuti per riconosciuti, hanno, tanto tra le parti che li abbiano firmati ed i loro successori o aventi-causa, quanto riguardo ai terzi, la stessa fede degli atti autentici, per quanto concerne la convenzione o il fatto giuridico, cui essi abbiano per oggetto di comprovare, e le enunciazioni relative a tal fatto o a tale convenzione. Artic 1276, comb. articoli 1273 e 1274.

Ma, a differenza degli atti autentici, gli atti privati non fanno, neppur tra le parti ed i loro suc-

1834, Sir., XXXIV, 1, 649. Civ. cass., 6 febbr. 1837, Sir., XXXVII, 1, 204.

(1) L'artic. 1278 non è compilato in termini assai imperiosi, perchè vi si possa ravvisare una derogazione al principio che il giudice è per lo di dritto. D'altronde, l'articolo 289 del Codice di procedura, e soprattutto l'art. 290 delle dette leggi, il quale dice: « La sentenza che ammetterà la verificazione », indicano chiaramente che il legislatore non ha inteso d'imporre al giudice l'obbligo di ordinare la verificazione, nelle forme tracciate dal Codice di procedura, di ogni atto privato denegato o sconosciuto. Boncenne, *Teoria della procedura civile*, III, 486. Chauveau, sopra Carrè, *Leggi della procedura civile*, n. 803 *ter*. Civ. cass., 25 agosto 1813, Sir., XV, 1, 131. Ric. rig., 11 febbraio 1818, Sir., XVIII, 1, 304. Ric., rig., 9 febbraio 1830, Sir., XXX, 1, 235, Ric. rig., 14 marzo 1837, Sir., XXXVII, 1, 199. Ric. rig., 24 maggio 1837, Sirey, XXXVII, 1, 519. Ric. rig., 9 dicembre 1839, Sir., XL, 1, 30. Vedi in senso contrario: Rauter, *Corso di procedura civile*, n. 198.

(2) Ric. rig., 4 febbr. 1836, Sir., XXXVI, 1, 81.

(3) Colmar, 12 giugno 1807, Sir., XIII, 2, 337. Civ. rig., 13 novembre 1816, *Pasicrisia belga*, sotto questa data. Angers, 15 dicembre 1819, Sir., XX, 2, 299. Angers, 5 luglio 1820, Sir., XXIII, 2, 17. Montpellier, 3 marzo 1828, Sir., XXVIII, 2, 1, 3. (Brusselles, cass., 18 marzo 1824, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(4) Vedi sulla domanda principale di ricognizione di firma: *Codice di procedura civile*, art. 287 e 288; Legge del 25 settembre 1807; art. 1977.

cessori o aventi-causa, fede della loro data, se non fino alla pruova contraria, la quale può essere somministrata per mezzo di semplici presunzioni (1). E, da un altro canto, essi non fanno fede della loro data rispetto ai terzi, se non dal giorno in cui questa data sia divenuta legalmente certa, o per mezzo del registro, o per la morte di una delle persone che li abbiano firmati, o mediante la relazione della loro sostanza in un atto autentico. Art. 1282

Hannosi, in questa materia, a considerare come terzi tutti coloro i quali non abbiano figurato nell'atto privato, di cui trattisi di valutare la forza probante, e che trovinsi, sia in virtù della legge, sia in virtù di una convenzione stipulata o di una disposizione fatta da una delle parti soscrittrici, investite, nel loro proprio nome, di dritti reali o personali, la cui esistenza o i cui effetti sarebbero compromessi, se la convenzione o il fatto giuridico comprovato da questo atto, potesse loro essere opposto. Per contrario, debbonsi riguardare come rappresentanti o aventi-causa delle parti che abbiano figurato nell'atto, tutti coloro i quali non abbiano dritti da far valere che in nome di una di queste parti, e come a lei succeduti a titolo universale, ovvero come esercitanti i dritti e le azioni di lei conformemente all' artic 1119. Del resto, coloro i quali in un atto privato sieno stati rappresentati da uno dei soscrittori, in virtù d'un mandato legale o convenzionale, sono reputati d' esservi state parti.

Da queste differenti proposizioni emergono, per l' applicazione degli artic. 1276 e 1282, le seguenti conseguenze:

1) Gli atti privati fanno fede della loro data riguardo agli eredi o successori universali delle parti, semprechè costoro agiscano o sieno convenuti in tale qualità. Siffatta regola riceve la sua applicazione anche quando trattisi di atti comprovanti convenzioni o dichiarazioni che non ligherebbero gli eredi o i successori universali di una delle parti, se tali convenzioni o dichiarazioni fossero state stipulate o fatte in un'epoca posteriore alla data indicata in questi atti (2). Laonde, gli atti

(1) Sarebbe impossibile il sostenere con qualche apparenza di ragione che le parti, le quali abbiano figurato in un atto privato ordinario, ed i loro eredi o aventi-causa, non sieno ammessi a porne in contestazione la data, se non per mezzo di una iscrizione in falso. E siccome le parti ed i loro eredi o aventi-causa, non hanno interesse ad impugnare la data, se non in quanto sostengano che l'atto sia stato antidatato con lo scopo di far velo ad una frode qualunque, così essi sono, giusta l'art. 1307, ammessi a provare le loro allegazioni, anche per mezzo di semplici presunzioni.

(2) Confronta le due note seguenti. In occasione di un ricorso prodotto contro una decisione della corte reale di Bordeaux del 30 gennaio 1834, i ricorrenti sforzandosi di stabilire che il principio, giusta il quale gli atti privati fanno fede della loro data, che li abbiano soscritti ed i loro eredi o aventi-causa, si applicasse

privati sottoscritti da una persona che sia stata privata dei diritti civili, sono opponibili ai suoi eredi, allorchè portino una data anteriore all'epoca in cui tale persona sia stata colpita, benchè non abbiano acquistata data certa che dopo di siffatta epoca (1). Così ancora, un atto privato, portante costituzione di una rendita vitalizia, fa fede della sua data riguardo agli eredi della persona a vantaggio della quale la rendita sia stata costituita, quantunque esso non abbia acquistata data certa prima dei venti giorni precedenti alla morte di questa persona (2).

Che se gli eredi di una delle parti, le quali abbiano figurato in un atto privato, agiscano in virtù di un dritto che loro si appartenga nel loro proprio nome, per esempio, in virtù di un diritto di riserva, ed essi impugnino questo atto come contenente vantaggi indiretti eccedenti la quota disponibile, eglino non sono più gli aventi-causa del defunto, ma terzi, e possono per conseguenza prevalersi della disposizione dell'art. 1282 (3).

2) Un atto privato non fa fede

solamente agli atti pe' quali la capacità delle parti contraenti non abbia variato, ed i quali elleno avrebbero potuto fare in qualsivoglia epoca ed in qualsivoglia circostanza. Questa tesi era evidentemente erronea. E di fatti la Corte di cassazione non si è brigata di consacrarla. Cassando la decisione contra di cui il ricorso era diretto, per fallace applicazione dell'art. 1276, e per violazione degli art. 1282 e 1440, ella si è fondata sul riflesso che la disposizione finale di quest'ultimo articolo, il quale riserva i diritti degli eredi, nel caso in cui eglino attaccassero delle vendite fra coniugi, come racchiudenti vantaggi indiretti, stabilisca in lorn favore un'eccezione speciale all'art. 1276, e li assimili ai terzi. Vedi: Civ. cass., 31 gennaio 1837. Sir., XXXVII, 1, 533. Questa maniera d'intendere la disposizione finale dell'art. 1440 sembraci molto contrastabile, allorchè, come nella specie sulla quale la Corte di cassazione ha avuto a pronunziare, trattisi di eredi che non godano di alcuna riserva. Ma, checchè ne sia di questo punto, egli è certo che l'arresto pronunziato da questa Corte reale non ha nulla di contrario alla proposizione emessa nel testo.

(1) Bonnier, n. 568. Colmar, 3 luglio 1831, Sir., XXXII, 269. Lo stesso principio sembra applicarsi agli atti sottoscritti da una persona la quale sia stata colpita d'interdizione; e questo è ciò che è stato giudicato dalla Corte di Nancy nel dì 21 maggio 1842 (Dalloz, XLII, 2, 185). Crediamo dunque di dover ritrattare l'opinione contraria da noi emessa.

(2) Vedi ancora nel senso della proposizione emessa nel testo: Colmar, 10 dicembre 1830, Sir., XXXI, 2, 183; Angers, 18 febbraio 1837, Sir., XXXIX, 2, 426, Civ. cass., 5 aprile 1842, Sir., XLII, 1, 300.

(3) Parigi, 11 maggio 1816, Sir., XVII, 2, 10. Ric. rig., 15 luglio 1824, Sir., XXV, 1, 46. Confr. Civ. cass., 31, genn. 1837, Sir., XXXVII, 1, 533.

(Gli eredi e aventi causa da colui che sia intervenuto come terzo in un atto di vendita, nel quale si trovi detto che il prezzo della cosa venduta sia stato pagato, e che il venditore ne quieti interamente la persona la quale nell'atto figuri ella sola come compratrice, non sono ammessibili a provare, per mezzo di presunzioni o di testimoni, che questo prezzo

della sua data contro i successori particolari, a titolo oneroso, o a titolo gratuito, di una delle parti che vi abbiano figurato, in quanto si volessero loro opporre le convenzioni o le dichiarazioni contenute in quest'atto, come anteriori ai loro proprii titoli (1).

sia stato pagato con danaro del loro autore, e che quest'ultimo sia nella realità il vero compratore, benchè l'atto ne indichi un altro. Brusselles, 15 ottobre 1829, *Giur. di B.*, 1830, 1, 39.

— I terzi, in frode de' quali siasi usata simulazione in un atto, debbono avere tutti i mezzi di pruova per istabilirla.—Un atto di donazione simulato, fatto da un padre in favore di alcuni de' suoi figliuoli, può essere impugnato dagli altri, non ostante la disposizione dell'art. 1273 del Codice civile. Brusselles, 31 dicembre 1828, *Giur. del XIX. secolo*, 1829, 3, 70; Dalloz, XXI, 206).

(1) Merlin, *Quest.* v. Terzo, § 2. Grenier, *delle Ipoteche*, II, 345. Duranton, XIII, 129 e seg. Ducaurroy, *Dissertazioni, Temi*, t. III, t. V, Troplong, *delle Ipoteche*, II, 529. Bonnier, n. 529. Vedi altresì le decisioni citate nelle due note seguenti. Toullier VIII, 245 e seg., e X, 576 e seg. ha sostenuta la dottrina contraria con molta insistenza e vivacità. Secondo lui, i successori a titolo particolare essendo gli aventi causa dal loro autore, gli atti privati sottoscritti da quest'ultimo fanno fede della loro data contro di essi. Ma tutta la sua argomentazione muove dalla disposizione che la parola *aventi causa* abbia un significato preciso ed invariabile, e questa supposizione è inesatta. In effetti, il senso di questa voce è essenzialmente relativo, e va determinato *secundum subiectam materiam*, vale a dire, giusta lo spirito della regola che trattasi di applicare, e giusta il punto di veduta sotto il quale convenga riguardare, avuta considerazione a questa regola, la posizione di tali altre persone. Or siccome è fuori di dubbio, che la regola consacrata dall'art. 1282 è stata ammessa con lo scopo di proteggere i successori a titolo particolare ed i creditori pignoranti contro il pericolo di antidata che il loro autore o debitore potesse farsi lecito di opporre, in frode de' loro diritti, ad atti privati formati dopo il fatto, così è mestieri riconoscere che i successori a titolo particolare, i quali respingono un atto privato proceduto dal loro autore, come quello che sia stato antidatato, sono, sotto questo rapporto e quanto all' applicazione dell' articolo 1282, veri terzi, e non già aventi causa riguardo a' quali quest'atto possa far fede della sua data. D'altronde, non è forse evidente che se il successore a titolo particolare dev'essere trattato come avente causa, semprechè egli agisca contro terzi i quali, senza impugnare il suo titolo personale, sostengano che lo stesso suo autore non godera de' diritti che egli intende esercitare in nome di quest' ultimo, non potrebbe essere già lo stesso, allorchè un successore particolare si trovi a fronte di persone che impugnino l' efficacia del suo titolo, pretendendo di aver acquistati, prima di lui e dal suo autore, tutti o parte dei diritti formanti l oggetto del titolo che questi gli abbia conceduto? Nella prima di queste ipotesi, il successore particolare si prevale dei diritti del suo autore, e li esercita come diritti che egli ripete da quest' ultimo; nella seconda per contrario, egli invoca il suo titolo personale, e lo difende, contro atti co' quali il suo autore avesse cercato di recarvi offesa. Fra due parti, le quali invochino, l'una contro l'altra, titoli emanati da una medesima persona, per reclamare,

Quindi, in caso di collisione tra due acquirenti successivi dello stesso immobile, l'uno per mezzo di atto privato, l'altro per mezzo di atto autentico, il primo non può giovarsi dell'anteriorità apparente del suo titolo, se l'atto di cui egli sia portatore non abbia ricevuto data certa prima della stipulazione dell'atto autentico del secondo acquirente (1). Parimente, nel caso di concorso tra il donatario di un immobile, ed un terzo a cui il donante abbia, con atto privato, ceduti dei diritti qualunque sui beni donati; questo terzo non può opporre il suo titolo al donatario, tranne se l'atto di cui è portatore, abbia ricevuta data certa prima della donazione (2). Lo stesso principio, applicato in tutto il suo rigore alle quietanze per atto privato, rilasciate da un creditore che abbia fatta cessione del suo credito, menerebbe a risolvere che tali quietanze non possano essere opposte al cessionario, se non in quanto esse abbiano acquistata data certa prima della significazione della cessione, o della sua accettazione per atto

sulle stesse cose, diritti che si escludano o si restringano a vicenda, la difficoltà sta appunto nel sapere quale delle due si trovi realmente nei diritti dell'autore comune; ed è contrario ad ogni logica il considerarle, per la soluzione di siffatta quistione, la quale deve andar risoluta dalla anteriorità del titolo, come se fosse, l'una rispetto all'altra, l'avente causa dal loro comune autore, o, in altri termini, come se si trovassero tutt'e due ne' diritti di quest'ultimo. Aggiungeremo che l'articolo 1589 non può lasciare alcun dubbio sul vero senso dell'art. 1282. Indarno, per eliminare l'argomento perentorio che ne risulta, Toullier pretende, non doversi ravvisare nella disposizione di quest'articolo un'applicazione degli art. 1276 e 1282, ma una eccezione affatto speciale alle regole che essi stabiliscono. Le parole: « il quale abbia una scrittura di affitto autentica, o di data certa », inserite nell'art. 1589 sotto una forma semplicemente incidente, provano chiaramente che il legislatore non ha inteso altro fare, pel caso di vendita di un immobile locato, che un' applicazione della regola generale; e sarebbe impossibile d'indicare una ragione qualunque che avesse potuto dar motivo, in questo caso, ad una derogazione al diritto comune. Quindi, la dottrina di Toullier è stata respinta da una giureprudenza pressochè costante, e trovasi oggidì generalmente abbandonata. Confr. le decisioni citate nelle note seguenti. Le dissidenze, che esistono ancora su questa materia, non versano sulla sostanza della dottrina, ma unicamente sopra peculiari quistioni.

(1) V. gli autori citati nella nota precedente. Tolosa, VII luglio 1831, Sir., XXXII, 2, 646. Bastia, 24 giugno 1833. Sir., XXXIII, 2, 604.

(2) Grenoble, 9 maggio 1833. Sir., XXXIII, 2, 506. Sarebbe così, anche nel caso in cui si trattasse di una donazione tra vivi di tutti i beni presenti; perchè il donatario sarebbe sempre non altro che un successore a titolo particolare. Gli atti privati comprovanti obbligazioni contratte dal donante, fanno per avventura fede della loro data contro il donatario gravato del pagamento de' debiti del donante? Confr. nondimeno: Bordeaux, 19 novembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 481.

autentico. Ma la dottrina e la giureprudenza hanno a ragione rigettata siffatta decisione, a causa dei gravi inconvenienti che ne risulterebbero nella pratica (1). Il temperamento di equità, che bisogna ammettere in questa ipotesi, deve essere del pari applicato nel caso di quietanze per atto privato, rilasciate dal locatore al conduttore, e che quest' ultimo opponga all' acquirente degl' immobili i quali egli tenga in affitto (2).

3) Gli atti privati fanno fede della loro data rimpetto ai creditori delle parti, allorchè costoro non agiscano nel loro nome personale, e non facciano valere dritti distinti da quelli del loro debitore. Siffatta regola si applica soprattutto ai creditori d'un commerciante caduto in fallimento. Per conseguenza, gli atti privati fatti senza frode dal fallito prima dell' apertura del fallimento, e contenenti alienazioni di cose mobili o immobili, ovvero cessione di dritti successori, sono opponibili ai creditori, benchè tali atti non abbiano acquistata data certa prima del fallimento (3).

(1) Le corti reali di Bordeaux 26 giugno 1840, Sir., XLI, 2. 53 e di Limoges 17 agosto 1841, Sir., XLII, 2, 313 hanno giudicato, come la corte reale di Lione, la cui decisione è citata nel paragrafo al quale abbiamo ora rimandato, che il cessionario fosse l'avente causa del cedente nel senso dell'art. 1276. Questa dottrina trovasi sufficientemente confutata mercè gli sviluppamenti dati qui sopra. La circostanza che la cessione versi sopra una cosa incorporale, mentrechè la vendita propriamente detta si applica a cose corporali, non può giustificare la distinzione cui queste decisioni stabiliscono, quanto all' applicazione dell'art. 1282, tra 'l cessionario e 'l compratore di una cosa corporale. D' altronde, se il cessionario fosse realmente l'avente causa del cedente, ne risulterebbe che tutti gli atti privati, co' quali il cedente ed il debitore avessero pattuito intorno al credito ceduto, sarebbero opponibili al cessionario, benchè non avessero ricevuto data certa prima della notificazione della cessione; e questa conseguenza è evidentemente inammessibile. Confr. Ric. rig., 26 novembre 1834. Sir., XXXV, 1, 109; Civ. cass., 23 agosto 1841, Sir., XLI, 1, 756; Rouen, 31 maggio 1843, Sir., XLIII, 2. 355.

(Il cessionario di un credito non dev'essere considerato come un terzo, quanto agli atti sottoscritti dal suo cedente relativamente al credito ceduto.—Così, egli può disconoscere la data delle quietanze anteriori alla cessione, come quelle che non facciano fede riguardo a lui. Brusselles, 22 giugno 1326, *Giur. del XIX secolo*, 1827,3 99; Dalloz, XXI, 133 e 126.

—Il cessionario di un credito dev'essere considerato come un terzo quanto agli atti sottoscritti dal suo cedente, relativamente al credito ceduto, e soprattutto per quanto concerne la data. Brusselles, 17 luglio 1832. *Giur. di B.*, 1832, 2, 8; *Giur. del XIX secolo*, 1832, 3, 276).

(2) Torino, 26 febbraio 1812, Sir., XIII, 2. 43. Besancon, 15 febbr. 1827, Sir., XXVII, 2, 137.

(3) Ric. rig., 15 giugno 1843, Sir., XLIII, 1, 467 e 471.

(I sindaci di un fallimento sono terzi, relativamente a colui il quale reclami mercanzie, che egli pretenda aver comprate dal fallito con atto privato, antecedentemente al falli-

Al contrario, gli atti privati non fanno fede della loro data contro i creditori delle parti, allorchè, per una circostanza qualunque, questi creditori abbiano acquistati sopra i beni dei loro debitori dritti reali o personali; di cui ogni creditore non goda in questa sola qualità; ovvero allorchè esercitando dritti che essi ripetano dalla legge e non dal loro debito, agiscano meno nel nome e da parte di quest'ultimo, che contro di lui. Quindi, gli atti privati fatti dal debitore, e contenenti alienazione d'immobili, non sono opponibili a quelli dei suoi creditori, a cui tali immobili sieno affetti in virtù di ipoteca o di anticresi, se non abbiano acquistata data certa prima dello stabilimento dei loro dritti (1). Similmente, gli atti privati, contenenti alienazioni di cose mobili o immobili, non possono essere opposti ai creditori che abbiano fatte sottoporre a pignoramento le cose così alienate; eccetto se questi atti abbiano acquistata data certa prima del verbale di pignoramento di mobili, o immobili al debitore (2). Similmente ancora, la data di tali atti non può essere opposta ai creditori del venditore, allorchè essi li impugnino per mezzo dell'azione pauliana (3).

Per una derogazione affatto speciale del principio dianzi sviluppato, conviene ammettere che le quietanze per iscrittura privata, rilasciate da un creditore, il cui credito sia stato colpito da sequestro presso terzi, possono essere opposte al terzo sequestrante, salvo a quest'ultimo il farle rigettare, provando con mezzi quali che sieno, la falsità della data che portino. Mettendo da banda ogni circostanza di frode, il debitore sarebbe autorizzato ad opporre simili quietanze, anche quando esse provassero pagamenti fatti con anticipazione, e non fossero state nè prodotte, neppure allegate, nel momento in cui il sequestro sia stato fatto (4).

mento. Brusselles, 21 settembre 1816, *Pasicrisia belga*, sotto questa data. Ma vedi: Dalloz, t. XV, n. 20).

(1) Confr. gli autori citati nelle note precedenti. Vedi in particolare, sul caso di collisione tra un creditore avente un'ipoteca giudiziale, ed un acquirente in virtù di un atto privato: Rig. rig., 20 febbraio 1827, *Pasicrisia belga*, sotto questa data

(2) Il creditore, il quale abbia fatto pignorare i beni del suo debitore, esercita un diritto che egli ripete dalla legge, e non da quest'ultimo: contro di costui appunto egli agisce, ed è evidente, che egli è terzo, in quanto ei difende il beneficio e gli effetti del suo pignoramento contro gli atti del debitore. Questo punto di dottrina non forma oggetto di alcuna controversia. Lo stesso Toullier VIII, 251 e 252 proclama il principio emesso nel testo.

(3) Civ. cass., 14 dicembre 1836, Sir., XXXVI, 1, 895. Questa regola si applica alla moglie, la quale, in qualità di creditrice, impugni degli atti fatti dal marito in frode dei suoi diritti. Ric. rig., 25 gennaio 1825, Sir., XXV, 1, 345.

(4) Si considerano generalmente i creditori, i quali abbiano fatto un sequestro presso terzi, come gli aventi causa dal debitore sequestratario. Vedi Toullier, VIII, 251; Duranton, XIII, 133; Civ. cass., 14 novembre

4) Gli atti privati coi quali una donna maritata abbia contratte obbligazioni o conceduti a persone terze dritti qualunque sopra i suoi beni, non possono, in generale, essere opposti al marito come capo della comunione, e come usufruttuario, nel nome personale, dei beni della sua moglie, eccetto se tali atti abbiano acquistata data certa prima del matrimonio (1). Ma la moglie non po-

1836. Sir., XXXVI, 1, 894; Bourges, 3 febbraio 1836, Sir., XXXVII 2, 11; Tolosa, 7 dic. 1838, Sirey, XXXIX, 2, 225; Ric. rig., 5 agosto 1839, Sir., XXXIX, 1, 313; Tolosa, 5 giugno 1840, Sir. XL, 2, 340. Brusselles, 18 giugno 1816, 27 aprile 1827, e Brusseles, cass., 3 novembre 1845; Larrè, n. 1967; Thomine, n. 632; Troplong, *Vendita*, n. 920, e *Locazione*, n. 327. Ma questa maniera di vedere non ci sembra esatta in teoria. Il sequestro presso terzi è un modo speciale da pignorare, sia crediti, sia cose mobili, che si trovino tra le mani di un terzo; e noi non veggiamo alcuna ragione da distinguere, sotto il punto di veduta dell'articolo 1282, tra il creditore che faccia un pignoramento di mobili e 'l creditore che faccia un sequestro presso terzi. Nell'ultimo caso, come nel primo, il creditore esercita un diritto che egli ripete dalla legge, ed agisce contro il suo debitore. Aggiungeremo una riflessione, che noi abbiamo presentata più sopra. Se, come si pretende, il sequestrante non è, anche in ordine alla efficacia del sequestro, salvochè l'avente-causa del debitore, ne risulterà che il sequestratario potrà opporgli, non solamente le quietanze per atto privato di cui egli sia portatore, ma tutti gli atti ch'egli avesse conclusi col debitore in ordine al credito sequestrato, e soprattutto gli atti contenenti rimessione di debito o novazione, benchè non avessero ricevuto data certa prima del sequestro. Or questa conseguenza ci sembra condannare il principio da cui essa discende. Del resto, se in teoria la nostra opinione si allontana dalla dottrina generalmente ricevuta, le soluzioni pratiche che noi abbiamo adottate, relativamente alle quietanze per atto privato rilasciate dal debitore sequestrato, non differiscono guari da quelle alle quali mena questa dottrina.

(Il creditore pignorante, e l'attore nell'azione di rivendicazione della cosa pignorata, sono terzi in rapporto al debitore pignorato. Quindi, il secondo non può opporre al primo, in mancanza di data certa, un affitto verbale che egli pretenda di aver concluso in ordine alla cosa pignorata.—La pruova per testimoni della convenzione non sarebbe ammessibile da parte del rivendicante, se la cosa fosse di un valore indeterminato. Brusselles, 20 febbraio 1841. *Giur. di B.*, 1842, 105).

(1) Vedi nondimeno: Grenoble, 14 maggio 1831, Sir., XXXII, 2, 582.

(Il marito è, quanto a'beni i quali da canto della sua moglie sieno entrati nella comunione, l'avente causa di costei, e gli atti da lei sottoscritti hanno data certa riguardo a lui. — Ei può nondimeno impugnare, per ragione di simulazione, gli atti sottoscritti dalla sua moglie in frode de' diritti di lui. Brusselles, 21 dicembre 1839, *Giur. del XIX secolo*, 1831, 148.

—Gli atti privati obbligatorii, sottoscritti dal marito, debbono avere acquistata data certa prima della morte della moglie, per potere essere opposti agli eredi di costei. *Gand*, 5 aprile 1833, *Giur. di B.*, 1833, 496.

trebbe, neppure col concorso del marito, dimandare l'annullamento di simili atti, sotto il pretesto che fossero stati fatti dopo il matrimonio, senza l'autorizzazione del marito, salvochè provando con qualsivoglia mezzo la falsità della data che essi portino. Art. 1410 francese, ed arg. da quest'articolo.

5) Gli atti privati sottoscritti da un mandatario convenzionale, in tale qualità, fanno fede della loro data rimpetto al mandante, benchè non abbiano acquistata data certa se non dopo la rivocazione del mandato (1). Similmente, gli atti privati, sottoscritti dal marito in qualità di amministratore dei beni di sua moglie, o dal tutore, in tale qualità, fanno fede della loro data contro la moglie, anche giudiziariamente separata di beni, e contro il minore divenuto maggiore (2).

La data degli atti privati diviene legalmente certa riguardo ai terzi: 1. col registro; 2. colla morte di uno di coloro che abbiano firmato (3); e 3. col riportarsi la loro sostanza in un atto autentico (4). Art. 1282.

Queste tre circostanze sono le sole, per mezzo delle quali *un* atto privato possa acquistare data certa (5). Così, per esempio, il

(1) L'erede del mandante è terzo, nel senso di quest'articolo. E quindi la prolungazione di un affitto, consentita dal mandatario con atto privato, non fa fede contro gli eredi del mandante ed a vantaggio dell'inquilino o fittaiuolo. Brusselles, 5 settembre 1818, *Giur. di B.*, 1818, 2, 241. Vedi in senso contrario: Bordeaux, 22 gennaio 1827, Sir., XXVII, 2, 63.

(2) Ric. rig., 28 nov. 1833, Sir., XXXIII, 1, 830.

(3) La morte di una persona, la quale abbia soscritto un atto privato sol nella qualità di testimone, non rende certa la data di quest'atto, come lo farebbe la morte di una delle parti contraenti. Ric. rig. 8 magg. 1827, Sir., XXVII, 1, 453.

(4) Confr. Riom, 24 gennaio 1842, Sir., XLII, 2, 67. La menzione di un atto privato nella coazione decretata pel pagamento dei dritti di registratura, dovuti per ragione di quest'atto, non basterebbe per fargli acquistare data certa, se la coazione non ne riportasse la sostanza. Civ. rig., 23 novembre 1841, Sir., XLII, 1, 134.

(5) Duranton, XIII, 131. Favard. *Rep.* v. Atto privato, sez. I. § 4, n. 7. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato. med.* v., n. 56. Bonnier, n. 573. Vedi in senso contrario: Toullier, VIII, 242 e 243. Secondo questo autore, l'art. 1232 non contiene che una enunciazione semplicemente dimostrativa delle principali circostanze in virtù delle quali un atto privato può acquistare data certa. Ma questa opinione, la quale tende ad attribuire al giudice una specie di potere discrezionale, per determinare e fissare, secondo circostanze più o meno decisive, la data degli atti privati, è contraria così al testo come allo spirito dell'art. 1282, e dev'essere rigettata, perchè produrrebbe il risultamento di torre ogni base certa a'diritti delle parti. D'altronde, basta l'esaminare attentamente le diverse ipotesi indicate da Toullier, come tali che fissino la data degli atti in un modo altrettanto certo quanto le tre circostanze menzionate nell'art. 1282, per convincersi che esse sono lungi dallo escludere ogni possibilità di un'antidata, o di una collusione fraudo-

bollo della posta, di cui trovisi rivestita una lettera missiva, non basta per darle data certa riguardo ai terzi. È lo stesso della cir-

lenta per effetto della quale una persona, priva de' mezzi di scrivere, facesse imitare la sua propria firma da un terzo, e la riconoscesse all'uopo siccome vera.

* Marcadè articolo 1325 così soggiunge:

* Il nostro articolo infatti, che nel progetto (in cui portava il n. 217) ammetteva che il registro o la morte raccertassero la data, fu censurato quanto si discuteva, come *incompleto*, o perchè non offriva, fu detto, tutte le circostanze che possono provare la certezza della data. Questo solo fatto è perentorio, perchè se la disposizione voleva farsi indicativa e non limitativa: se si volea che il caso di morte fosse posto come esempio, e che questo punto di fatto si lasciasse al criterio dei magistrati che dovrebbero esaminare, se la data antecedente fosse o no possibile dal giorno dello avvenimento, la legge non sarebbe stata certamente incompleta. E nemmeno avrebbe potuto discutersi se si dovesse aggiungere un terzo caso ai due già preveduti. Pure si fece, rimandatosi l'articolo alla sezione per esaminarsi l'ammenda di Berlier, il quale proponeva di aggiungersi il caso della apposizione dei suggelli, dicendo non poter bastare una *semplice menzione* in un atto pubblico, che non farebbe conoscere il *tenore* della scrittura (Fenet, tomo XIII, pag. 38 e 1117).

* La sezione, rendendo generale l'ammenda di Berlier, e prevedendo l'inconveniente da lui notato, amnise come terza causa di legale certezza il riferimento che si *fa* in un qualunque atto pubblico, verbale di sequestro, o altro, della *sostanza* dell'atto privato.

* Adunque, nei tre casi preveduti, il legislatore ha voluto riconoscere nell'atto una data certa rispetto ai terzi, secondo è comune dottrina degli scrittori e delle decisioni.

* Duranton (n° 131); Favard (*Rep.*, *Atto sotto firma privata*); Rolland de Villargues (*ibid.*, n° 56); Dalloz (art. 2. § 1, n° 11); Zachariae (V, p. 680); Bonnier (n° 573); Cass., 27 maggio 1823; Tolosa 7 luglio 1831; Grenoble, 9 maggio 1833; Bordeaux, 4 agosto 1836; Angers, 18 febbr. 1837; Douai, 11 agosto 1837; Nimes, 27 maggio 1840; Agen, 4 dicembre 1841; (Dev., 32, 2, 646; 33, 2 306; 37, 2, 100; 38, 2, 106; 39, 2, 426; 40, 2, 405; 43, 2, 1135).

* Toullier nell'ultima sua edizione, dopo riferita la decisione del 1823 (VIII, n° 242, nota), aggiunge: «Ogni qualunque discussione deve oramai aver fine». E perchè? perchè decisa una quistione dalla Corte suprema, si dovrà fare un atto di fede nè darsi più luogo allo esame! Non si comprende cotesta frase in bocca di Toullier che raccomanda tanto agli altri, e dichiara di osservare egli medesimo scrupolosamente la buona massima *nullius addictus jurare in verba magistri*.

* Certo fa grandissima autorità la Corte Suprema, ma anch'ella può ingannarsi, e più d'una volta è incorsa in errore, avendo giudicato ora in un senso ora in un altro la medesima quistione.

* La Corte di cassazione adunque può ingannarsi; e lo scrittore, convinto d'uno errore da lei commesso, dee combatterlo con maggior energia, perchè proviene da una autorità così rispettata. Per quanto sia in alto posta la Corte regolatrice, la verità sta più in su. Però qui, come sempre, abbiamo combattuto la dottrina di Toullier, non con l'autorità della decisione in faccia a cui egli s'inchina, ma per l'autorità della ragione e non tenendo conto della quasi ritrattazione che vi è nella sua frase.

costanza che uno di coloro, i quali abbiano firmato un atto privato, sia scomparso da un tempo più o meno lungo, senza che siensi avute sue notizie. Così ancora, il possesso del compratore, o il godimento del conduttore, non può produrre l'effetto di render certa la data di un atto di vendita o di affitto (1). La pruova testimoniale non è ammessa, nè per provare contro un terzo la sincerità della data di un atto privato che non sia divenuta legalmente certa, nè per fissare l'epoca in cui sia stata stipolata la convenzione che tale atto racchiuda, nè pure per provare che il terzo ne avesse avuta una conoscenza personale. A maggior ragione, i giudici non potrebbero, in simile materia, arrestarsi a semplici presunzioni(2).

Del resto, la disposizione dell'art. 1282 non è rigorosamente adattabile agli atti che comprovino convenzioni od operazioni commerciali. Così il giudice può, secondo le circostanze, tener per vera, relativamente ai terzi, la data di tali atti, quantunque non sia divenuta certa mercè una delle circostanze menzionate in questo articolo (3).

680. Dei libri di commercio.

I libri di commercio non fanno fede contro persone non commercianti, vale a dire, contro persone delle quali il commercio non formi la professione abituale (4). È indifferente, sotto tal rapporto, che la contestazione versi sopra una convenzione meramente civile

(1) Nimes, 27 maggio 1840, Sir., XL, 2, 495.

(2) Civ. cass., 27 maggio 1823, Sir., XXIII, 1, 297. Tolosa, 7 luglio 1831, Sir., XXXII, 2, 646. Grenoble, 9 maggio 1833, Sir., XXXIII, 2, 506. Douai, 11 agosto 1837, Sir., XXXVIII, 2, 106.

(3) Toullier, VIII, 244. Pardessus, *Corso di dritto commerciale*, II, 246. Bonnier, n. 571. Parigi, 12 aprile 1811, Sir., XII, 2, 76. Ric. rig., 4 febbraio 1819, Sir., XIX, 1, 384. Bordeaux, 2, maggio 1826, Sir., XXVI, 292. Colmar, 18, luglio 1826, Sir., XXVII, 2, 115. Tolosa, 4 giugno 1827, Sir., XXVIII, 199. Ric. rig. 28 gennaio 1834, Sir., XXXV, 1, 206. Ric. rig., 17 luglio 1837, Sir., XXXVII, 1, 1092.

(La disposizione dell'articolo 1282 del Codice civile può applicarsi alle materie commerciali. — I sindaci di un fallimento sono terzi, nel senso dell'articolo 1282 del Codice civile, relativamente a colui il quale reclami delle mercanzie che pretenda di aver comperato dal fallito, con atto privato antecedentemente al fallimento. Brusselles, 21 sett. 1816, *Pasicrisia belga*, sotto questa data; Dalloz, XXI, 126 e 132.

— Quest'articolo non è adattabile a semplici lettere. È lasciato alla prudenza del giudice il decidere, secondo il complesso delle circostanze, se la data delle lettere prodotte in giudizio sia o no sincera e vera. Brusselles, 20 ottobre 1829, *Giur. di B.*, 1830, 1, 34.

— Una lettera di cambio fa fede della sua data, anche contro i terzi. Rennes, 6 febbraio 1822, *Giur. del XIX secolo*, 1825, 2, 401. Brusselles, 22 luglio 1830, *Giur. del XIX secolo*, 1830, 3, 265).

(4) I registri dei mercanti posson servire da ammiaicolo contro le persone non mercanti. Brusselles, cass., 12 febbraio 1822, *Pasicrisia belga*, sotto questa data. Ma vedi: Dalloz, t. XXI, Toullier, VIII, n. 369.

quanto alla parte non commerciante, e che versi sopra un'operazione la quale costituisca, egualmente per le parti, un atto di commercio (1). Nondimeno, allorchè trattasi di somministrazioni fatte da un commerciante ad una persona non commerciante (2), ed i libri del primo sieno regolarmente tenuti (3), il giudice è autorizzato ad attingervi un principio di pruova, e per conseguenza a deferire di officio il giuramento all'una o all'altra delle parti (4). Art. 1283.

I libri dei commercianti fanno

(1) La disposizione principale dell'art. 1283 altro non è che un'applicazione della regola che niuno può creare un titolo a sè medesimo; ed è cosa evidente, che questa regola è indipendente dalla natura dei fatti che trattisi di provare. Pardessus, *Corso di dritto commerciale*, I. 251.

(2) Se la domanda fatta da un commerciante contro un non commerciante avesse per oggetto la rimborsazione d'un prestito, o l'esecuzione di una obbligazione qualunque diversa dal pagamento di mercanzie somministrate, il giudice non potrebbe, in vista dei libri dell'attore, deferirgli di ufficio il giuramento. La disposizione sussidiaria dell'articolo 1283, che conferisce al giudice tale facoltà, essendo una derogazione stabilita, in favore del commercio, al principio rammentato nella nota precedente, non può essere estesa al di là dei termini di quest'articolo. Confr. art. 21 ll. di eccez.

(3) I libri di un commerciante, per poter essere da lui prodotti in giudizio, e far fede in suo favore di ciò che contengano, debbono necessariamente essere tenuti nella forma prescritta dal tit. II, lib. I, del Codice di commercio. Brusselles, 17 luglio e 31 ottobre 1829. *Giur. di B.*, 1829, 2. 268; 1830, 1, 7.

(4) La riserva, che trovasi nella fine dell'art. 1283, sarebbe compiutamente senza oggetto, se si dovesse intendere che essa alludesse al giuramento decisorio (art. 24, ll. di ecc.) perchè questo giuramento può essere deferito anche in mancanza di ogni principio di pruova. Per dare un significato a questa riserva, conviene ammettere che i compilatori del Codice abbiano inteso di consacrare l'antica giureprudenza la quale, nel caso preveduto dall'articolo 1283, accordava al giudice il potere di deferire un giuramento suppletorio. Difatti, tutti gli autori sono di accordo su questo punto. Pardessus, *op. e luogo cit.* Toullier, VIII, 368, Duranton, XIII, 196. Bonnier, num. 634. Ma non deesi conchiudere da ciò, come lo fanno Toullier, *luogo cit.* e Zachariae, § 676, che il giudice sia ugualmente autorizzato ad ammettere la pruova testimoniale delle somministrazioni fatte dal commerciante. Se risulta dalla combinazione dell'articolo 1283 col num. 2 dell'art. 1321, che la legge considera i libri di commercio come suscettivi di formare, contro i non commercianti un principio di pruova che autorizza la delazione di un giuramento suppletorio, non ne conseguita in verun modo che ella vi ravvisa un principio di pruova scritta, tale da far ammettere la pruova testimoniale; e deesi tanto meno esitare a rigettare l'opinione di questi autori, in quantochè essi estendono una derogazione al diritto comune oltre i termini nei quali essa trovasi stabilita. Bonnier, num. 633. Boncenne, *Teoria della procedura civile*, IV, 184 a 186. Vedi altresì: *Esposizione dei motivi*, di Bigot-Preameneu, e *Rapporto al tribunato*, di Jaubert (Locrè, *Legisl.*, t. XII, num. 197, e num. 16).

fede contro di loro a favore di persone non commercianti, come a favore di altri commercianti (1); poco importando d'altronde che tai libri sieno stati o no regolarmente tenuti (2). Ma colui che voglia trarne vantaggio non può scinderne le enunciazioni, per rigettare quanto in essi contengasi di contrario alla sua pretensione (3). Art. 1284.

Tra commercianti, e quando trattisi di fatti di commercio (4), i libri regolarmente tenuti fanno fede, giusta le seguenti distinzioni:

Allorchè le due parti abbiano dei libri regolarmente tenuti, e le loro scritture sieno conformi,

(1) *Lex non distinguit.*

(L'individuo non commerciante, convenuto pel pagamento d'una lettera di cambio, può, onde provare la supposizione di luogo cui egli pretenda che essa contenga, dimandare la esibizione dei libri del commerciante, ai quali egli si offra di prestar fede, affine di estrarne ciò che concerna questa lettera di cambio. Brusselles, 25 febbraio 1830, *Giur. di B.*, 1830, 1, 414; *Giur. del XIX secolo,* 1830, 3, 95; Dalloz, XII, 213).

(2) Se dei libri irregolari non possono esser utilmente invocati da colui che li abbia tenuti, essi però non debbono meno far fede contra di lui. Altrimenti, la sua colpa o la sua negligenza tornerebbe a suo vantaggio. Confr. Ric. rig., 7 marzo 1837, Sir., XXXVII, 1, 940. Questa proposizione si applica anche in caso di fallimento. Rouen, 23 maggio 1825, Sir., XXVI, 2, 6. (Confr. art. 25, II, di eccez., il quale dispone ciò testualmente).

(Benchè i libri di commercio non rivestiti delle formalità della legge non possano far fede in giudizio, il giudice può nondimeno ordinare la esibizione, e trarne induzioni e chiarimenti. Brusselles, cass., 2 aprile 1840, *Bullettino*, 1840, 282 *bis*).

(3) Questa disposizione dell'artic. 1284 è un'applicazione del principio della indivisibilità della confessione. Confr. art. 1310, comma 3.

(4) Se si trattasse di un fatto commerciale, solamente riguardo ad una delle parti, e puramente civile riguardo all'altra, per esempio, d'una somministrazione di legnami fatta da un mercante di legname ad un banchiere per uso della sua casa, si ritornerebbe sotto l'impero del dritto comune. Adunque, in somigliante caso i libri di commercio del mercante di legname, benchè regolarmente tenuti, non potrebbero essere ammessi come facienti pruova a suo favore; salvo al giudice il deferirgli il giuramento suppletorio, conformemente all'art. 1283. Confr. Pardessus, *op. cit.*, I, 288. Vedi in senso contrario: Toullier, VIII, 386; Bonnier, num. 629. L'opinione di questi autori è contraria al testo dell'articolo 12 del Codice di commercio 24 II, di eccez.; perciocchè le parole: « tra commercianti in affari di commercio », non possono evidentemente alludere che ad operazioni del commercio rispettivo delle parti. La interpretazione che essi danno a queste parole è tanto meno ammessibile, in quanto le contestazioni relative alle somministrazioni fatte a mercatanti pel loro uso personale, o per l'uso della loro famiglia, son della competenza dei tribunali civili, ed in quanto per conseguenza questa interpetrazione tenderebbe a rendere adattabile, anche in materia civile, una disposizione eccezionale di sua natura, la quale evidentemente non è stata stabilita che per le materie commerciali propriamente dette.

la pruova che ne risulta è compiuta, e dev'essere ammessa dal giudice. Che se le scritture non siano d'accordo, esse debbono, in generale, essere considerate come bilanciantisi e neutralizzantisi rispettivamente.

Allorquando una delle parti solamente possegga dei libri regolari, il giudice può ritenere per provati, in favore di questa parte, i fatti che vi sieno enunciati. Cod. di comm. art. 12 (24) (1).

Del rimanente, la fede che, secondo le circostanze, può o dev'essere accordata ai libri di commercio, non esclude la pruova contraria: pruova che può esser fatta per testimoni, o anche per mezzo di semplici presunzioni. Per tal guisa, il commerciante, contro di cui alcuno si prevalga di una enunciazione contenuta nei suoi proprii libri, è ammesso a provare, mercè semplici presunzioni, che questa enunciazione sia il risultamento di un errore (2).

Il giudice che conosca di una contestazione, in cui un commerciante figuri o come attore o come convenuto, è autorizzato (3) ad ordinare, anche di ufficio, la esibizione dei libri di questo commerciante, ad oggetto di estrarne quanto concerna la lite, Cod. di commercio, art. 15 (22) (4).

* (1) Non crediamo superfluo di qui trascrivere gli art. 12 Codice di commercio ed il nostro art. 24 che ad esso corrisponde. Art. 12 Codice di commercio « I libri di commercio regolarmente tenuti possono essere ammessi dal giudice a far pruova tra commercianti per fatti di commercio ».

* Art. 24, ll. di eccez. « Tutti i libri di commercio regolarmente tenuti possono venire ammessi dal giudice per pruova tra commercianti in affari di commercio, ma non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate, contro quei che non sono negozianti: salvo al giudice di deferire al commerciante il giuramento di uffizio ».

(2) Pardessus, *op. cit.*, I, 260.

(3) Il giudice non è obbligato ad ordinare la esibizione dei libri di commercio di una delle parti, neppur quando l'altra provochi questo provvedimento, offrendosi di prestar fede ai libri del suo avversario. La legge lascia al giudice, relativamente a ciò, un potere discrezionale. Ric. rig., 20 agosto 1818, Sir., XIX, 1, 236. Ric. rig., 4 febbraio 1828, Sir., XXVIII, 1, 99. Ric. rig., 13 agosto 1833, Sir., XXXIII, 1, 614.

(I libri di commercio non debbono in tutti i casi, benchè siano regolarmente tenuti, essere ammessi dal giudice come formanti pruova tra commercianti per fatti di commercio. Brusselles, 4 ottobre 1823, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

* (4) Ecco i termini in cui sono concepiti gli articoli 15 del Codice di commercio, ed il nostro articolo 22 delle leggi di eccezione allo stesso corrispondente:

* Art. 15 Codice di comm. « Nel corso di una lite, la presentazione dei libri può essere ordinata dal giudice anche di ufficio, affine di estrarne ciò che concerne la controversia ».

* Art. 22 ll. di eccez. « Nel corso di una lite particolare, e non relativa agli oggetti mentovati nell'articolo antecedente, il giudice, sia a richiesta di una delle parti, sia anche di ufficio, può ordinare la esibizione dei libri, a solo oggetto di osservare la loro regolare tenuta, e

Se il commerciante, ai libri del quale la sua parte avversa si offra di prestar fede, ricusi di esibirli, il giudice può deferire il giuramento suppletorio a quest'ultima (1). Codice di commercio, art. 17 (23).

681. Dei libri domestici e delle scritture non firmate che equivalgono a quietanza.

I registri e le carte domestiche, vale a dire, i libri d'introito e di esito, ed i registri di crediti e di debiti (2), tenuti da non commercianti, non possono in verun caso far pruova, a favore di questi ultimi, nè dell'esistenza di un credito, nè di una liberazione (3).

di estrarne ciò che riguarda la controversia, senza potersi prendere comunicazione del di più contenuto nei libri ».

(1) Qui ancora è una facoltà quella che la legge dà al giudice, e non già un'obbligazione che ella gl' imponga. Ric. rig., 18 gennaio 1832, Sir., XXXIII. 1. 74.

* (2) Ma quali sono propriamente le scritture che si devono comprendere fra le *carte domestiche*? S'insegna dagli scrittori essere soltanto i registri, i libretti o cartolari e non già i fogli volanti.

* Sembrandoci troppo assoluta tal decisione, crediamo che vi si dovrebbero alle volte comprendere, secondo le circostanze, le scritture sopra semplici fogli volanti. Non sarà ciò molto frequente: il foglio che si trova presso il creditore, e che enuncia un pagamento ricevuto, quand'anche fosse scritto e sottoscritto da lui, sarà spesso una quietanza da lui preparata per un pagamento che non gli è stato fatto; come pure il foglio su cui riconosceva avere dato in prestito una somma ad alcuno.—Ma delle volte la enunciazione del foglio volante può provare la liberazione, ovvero il credito del terzo. Così per esempio, se in un foglio si dice: « M N... mi ha restituito la settimana scorsa l 3 mila fr. dovutimi »; « M N mi ha prestato jeri 500 franchi e non volle alcuna scrittura: questa nota terrà avvisati i miei eredi, se io morissi »; enunciazioni cotanto precise farebbero la più bella pruova della liberazione o del credito del signor N; non si potrebbero esse certamente disconoscere come efficaci, benchè scritte sopra un foglio volante. La Corte suprema riconosce implicitamente come sia inesatta la contraria regola.

* E se alle volte le note di alcuno potessero aver la efficacia, di cui tratta il nostro articolo, anche scritte sopra semplici fogli volanti, viceversa anche potrebbero alle volte rimanere inefficaci, benchè scritte sul registro; come per esempio, se la nota fosse scritta da altra mano di quella che scrisse le altre menzioni del registro, o paresse scritta dopo.

* Dunque, secondo le abitudini di persona, come diceva al tempo della precitata decisione l'avvocato generale Laplagne-Barris, e secondo le altre diverse circostanze si dovrà decidere se la scrittura sia o no una carta domestica, cioè destinata dal padre di famiglia a raccertare lo stato dei suoi affari.

(3) Civ. cass., 16 dicembre 1833. Sir., XXXIV. 1, 123.

(Allorchè il titolo primordiale di una rendita prediale non sia esibito, la sua esistenza può essere stabilita per mezzo degli atti, ove questa rendita sia menzionata, siccome esistente, nelle clausole dispositive di tali atti. Le annotazioni ne' libri d'introito, regolarmente tenuti da persone godenti di una intatta riputazione, possono formar la pruova che il pagamento abbia avuto luogo e che la prescrizione sia interrotta. Brus-

Essi non formano neppure un principio di pruova, tale da autorizzare la delazione di un giuramento suppletorio (1).

Ma essi fanno fede contro di loro nei due casi seguenti: 1. allorchè essi enunciino formalmente un pagamento ricevuto; 2. allorchè contengano la menzione di un debito, coll'annotazione espressa che questa menzione sia stata fatta per supplire alla mancanza del titolo, a favore del creditore (2). Art. 1285.

I registri domestici non fanno piena fede, nelle ipotesi testè indicate, se non in quanto le menzioni che racchiudano sieno scritte di mano di colui al quale vengano apposte. Nel caso contrario, spetta ai tribunali il determinare, secondo le circostanze, il grado di fede che esse possano meritare (3).

La menzione formale di un pagamento ricevuto, scritta sopra un registro domestico, farebbe fede, in generale, quantunque si trovasse cassata o cancellata (4). Ma non sarebbe lo stesso della menzione dell'esistenza d'un debito a vantaggio di un terzo (5).

selles, 26 gennaio 1820, *Pasicrisia belga*, sotto questa data.

—Lo stesso è delle annotazioni di pagamento degl'interessi di una rendita, ne' registri e ne' libri d'introito delle corporazioni e delle fabbriche, Brusselles, 12 febbraio 1829, *Giur. di B.* 1829, 1, 200. Liegi, cass., 21 dicembre 1825, *Pasicrisia belga*, sotto questa data; Brusselles, 9 luglio 1832, *Giur. del XIX, secolo*, 1832, 3, 266.

—*Idem*, de' sommari de' ricevitori de' demanii, Brusselles, 12 febbraio 1821, *Giur. di B.*, 1824, 2, 194.

—Le annotazioni fatte per più anni consecutivi su' fogli di un almanacco, benchè non disconosciute, non potrebbero bastare. Brusselles, 13 luglio 1826, *Giur. di B.*, 1826, 2, 200.

—In generale, i registri e le carte domestiche non fanno fede in favore di coloro che li abbiano scritti, Brusselles, 28 giugno 1831, *Giur. di B.*, 1831, 1, 230. e *Giur. del XIX secolo*, 1832, 3, 76; Brusselles, cass., 28 gennaio 1833, *Bullet. della cass.*, 1833, e *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(1) Arg. art. 1285, comb. 1283. Toullier, VIII, 400. Duranton, XIII, 621. Civ., cass., 2 maggio 1810, Sir., X, 1, 246.

(2) Secondo Pothier *(delle Obbligazioni*, II, 759) questa annotazione non è necessaria, se la ricognizione del debito sia firmata da colui che l'abbia inserita ne' registri domestici. Ma siffatta opinione non dee più essere seguita, perchè il Codice civile non l' ha riprodotta. Toullier, VIII, 403. Duranton, XIII, 206. Bonnier, n. 606.

(3) Duranton, XIII, 205.

(4) Di fatti, non dev'essere in potestà del creditore o de' suoi eredi il distruggere la pruova della liberazione acquistata dal debitore. Duranton, XIII, 208. Bonnier, n. 605. Del resto, se una scrittura fatta sul registro del creditore si trovasse cassata, in guisa che fosse impossibile di leggerne il tenore, essa troverebbesi di forza senza effetto; e ciò prova quanto imprudente cosa sia pel debitore lo accontentarsi di una semplice iscrizione su' registri del creditore. La stessa osservazione si applica alle menzioni di pagamento scritte dal creditore sul suo titolo.

(5) In questo caso, deesi presumere che la menzione sia stata rasa o cancellata per effetto del pagamento del debito. Pothier, *op. cit.*, II,

Il giudice non può, in generale, ordinare l'esibizione dei libri domestici delle parti, e non sarebbe autorizzato a deferire il giuramento suppletorio ad una di esse per la sola ragione che ella avesse dimandata la produzione dei registri dell'altra, offrendosi di prestarvi fede, e che quest'ultima si negasse di far tale produzione (1). Sarebbe nondimeno altrimenti se si trattasse di

759. Duranton, XIII, 207. Bonnier, n. 603.

* Marcadé dice:

* I registri e le carte domestiche, se fan pruova contro il loro autore, non possono mai trarne in qualsiasi modo in favore di lui.—Così, se il preteso creditore di una rendita, a cui rispondo di non dover nulla, allegando la prescrizione, sostiene che vi sia stata interruzione per cagione di pagamento di decorsi fatti da me, e poi negati, non potrà far di ciò pruova col suo registro. — Indarno egli direbbe doversi dar fede al registro, poichè pruova un pagamento fatto da me. Senza fallo, il registro farebbe pruova se il pagamento fosse allegato da me e negato da lui, diventa inefficace, poichè son io che nego il preteso pagamento, come anche le sue conseguenze; e il registro proverebbe il pagamento contro di me e a mio danno.

* Bonnier (n. 603 infine) stabilito il principio, che il registro non fa mai fede in favore di colui che lo tiene, aggiunge: « Indarno egli pretenderebbe che *sia indivisibile* il titolo; *la medesima menzione* la quale comprova di essersi estinto il credito, comprova un debito contratto in favore di lui dall'antico creditore; *le due menzioni* possono benissimo separarsi». Allega dipoi una decisione di cassazione del 16 dicembre 1833.

* Queste idee che non si comprendono, non essendo bene svolte, e spresse in modo vago, ed anche alcun poco contraddittorie (poichè si parla prima di una *sola e medesima menzione*, e poi si dice di potersi separare le *due menzioni*), queste idee son vere o false secondo il senso che l'onorevole professore volle dare alla frase. Se egli ha voluto dire che essendovi due menzioni distinte ed indipendenti, quella contraria al padrone del registro fa pruova, e non già quella che gli sia favorevole, che essendo una sola la menzione espressa anche con frasi diverse, è indivisibile, ma non così che se ne possa fare un titolo di credito in favore del patrone del registro contro il suo avversario; la dottrina di lui, se tale, è esatta, è conforme alla decisione del 1833.

* Ma se egli ha voluto dire che la menzione composta di più parti (ovvero un composto di menzioni che riguardano il medesimo affare) sia divisibile, e che si debbano tenere come efficaci le indicazioni che fan pruova contro il padrone del registro, senza tener conto di quelle che fan pruova in favore di lui, la sua dottrina è falsa e contraria alla decisione da lui allegata.

(1) Non si possono estendere ai registri domestici le disposizioni degli art. 15 e 17 del Codice di commercio (22 e 23 Ll. di eccez.). Di fatti, queste disposizioni, le quali derogano al principio: *Nemo contra se edere tenetur*, sono fondate sopra ragioni affatto peculiari a' libri di commercio. Conf. Merlin, *Rep.*, v. Compulsoria, § 2.

— Nondimeno, Toullier (VIII, 404) e Duranton (XIII, 210) opinano che il giudice potrebbe ordinare all'attore di produrre i suoi registri, se il convenuto sostenesse che essi comprovino pagamenti da lui fatti, e se,

libri o di registri comuni alle due parti (1).

L'annotazione scritta dal creditore nel fine, nel margine, o nel dorso d'un titolo di credito, che sia sempre rimasto in suo potere, fa fede, benchè non datata nè firmata da lui, quando tenda a stabilire la liberazione del debitore (2) Art 1286, comma 1.

essendo riconosciuta l'esistenza di questi registri, il rifiuto dell'attore di esibirli fosse accompagnato da circostanze tali, che facessero sospettare della sua buona fede. Essi fondansi principalmente sul riflesso, non potersi credere che la legge consacri una disposizione, d'altronde saggia e giusta, senza apprestare i mezzi da farla eseguire. Ma, benchè questa opinione sia conforme a più testi del diritto romano (conf. LL. 5 ed 8, C. *de Edendo*, 2, 1), ed abbia per sè il favore della liberazione, sembraci difficile di ammetterla sotto l'impero del Codice civile. Di fatti, noi non sapremmo ammettere l'autorità del diritto romano in una materia tutta di legislazione positiva, e nella quale il Codice civile ha stabilito un sistema, che, nelle sue parti principali, si allontana notabilmente da quello del diritto romano. Quanto all'argomento sul quale Toullier e Duranton fondano la loro opinione, esso non è concludente, perchè prova troppo. Ed in vero, da esso risulterebbe che il giudice potesse ordinare la esibizione de' libri domestici non solamente a provocazione del convenuto, il quale allegasse un pagamento; ma ancora a provocazione dell'attore, il quale pretendesse essere il suo credito comprovato dai libri del convenuto. E questa conseguenza è respinta, almeno implicitamente, dagli stessi Toullier e Duranton. Aggiungeremo, che se, giusta la nostra maniera di vedere, le disposizioni dell'art. 1285 possono sovente essere eluse mercè il rifiuto di una delle parti di produrre i suoi registri, molto nondimeno ci vuole perchè sieno prive di ogni importanza pratica. Esse riceveranno applicazione nel caso in cui, trattandosi di registri comuni alle due parti, il giudice è, per eccezione, autorizzato ad ordinare la esibizione de' libri domestici, e nel caso in cui nel tempo della formazione di un inventario dopo morte, o per causa di assenza, le parti interessate avranno avuta cura di far constar l'esistenza e il tenore de' registri del defunto o dell'assente. Conf. Codice di procedura, art. 1019 e 1020, comb. 1007 e 986.

(La regola: *Nemo contra se edere tenetur*, soffre delle eccezioni. Brusselles, 15 giugno 1822 e 15 febbraio 1825, *Giur. del B.*, 1822, 2, 95: 1820, 1, 282; 1825, 1, 187; *Giur. del XIX secolo*, 1825, Dalloz, V. 291.

— Una parte non può costringere l'altra a comunicare documenti che sieno proprii di quest'ultima. Brusselles, 4 marzo 1824, *Pasicrisia belga*, sotto questa data; Dalloz, V. 290).

(1) Conf. sui casi ne' quali i registri domestici debbansi considerare come comuni alle due parti: Merlin, *Rep.*, v. Compulsoria, § 2.

(2) L'art. 1286, n. 1, esige una doppia condizione, perchè una menzione di liberazione, messa in fine, nel dorso o nel margine di un titolo di credito, possa far fede contro il creditore; cioè 1° che la menzione sia scritta di mano di questo ultimo; 2° che il titolo sia sempre rimasto in suo potere. Nondimeno, Toullier (VIII. 353), Duranton (XIII. 213 e 214), Delvincourt, (sull'articolo 1286, e Bonnier n. 609, insegnano, da un canto, che l'annota-

È lo stesso dell' annotazione scritta dal creditore nel fine, nel margine o nel dorso, sia di una quietanza in regola, sia del duplicato di una quietanza

zione scritta anche da un terzo sopra un titolo di credito, faccia fede contro il creditore, allorchè il titolo sia sempre rimasto in suo potere, e, da un altro canto, che una somigliante annotazione, scritta dal creditore istesso, faccia fede contro di lui, benchè il titolo non sia rimasto in suo potere. Essi adottano, riguardo a ciò, la dottrina di Pothier, *delle Obbligazioni*, II, 761, la quale, a parer loro, i compilatori del Codice hanno avuto l' intenzione di riprodurre: e siccome il testo dell'art. 1286 contraria la loro maniera di vedere, essi non esitano punto ad attribuire ad una compilazione negletta e viziosa le differenze che risultano dalla comparazione di questo testo con le proposizioni emesse da Pothier. Ma ne riesce impossibile l'essere a parte di siffatta opinione, la quale muove, secondo noi, da una supposizione affatto gratuita. Non solamente non trovasi nei lavori preparatorii del Codice nulla che indichi di avere il moderno legislatore inteso di riprodurre la dottrina di Pothier, ma la proova di una intenzione tutta contraria appare dalla circostanza che l'art. 223 del primitivo progetto, il quale riassumeva esattamente questa dottrina, venne modificato dalla sezione di legislazione. D'altronde, non senza ragione è stato operato un tale cangiamento; e, a dir tutto, il sistema del Codice ci sembra preferibile a quello di Pothier. Perchè mai quest'autore vuole che una menzione di liberazione, scritta sopra un titolo di credito da un terzo, faccia fede contro il creditore, allorchè il titolo sia sempre rimasto in suo potere? Ei lo vuole, perchè, dic'egli, è cosa più che probabile che il creditore non avrebbe lasciato scrivere una ricevuta sul biglietto che era in poter suo, se il pagamento non gli fosse stato effettivamente fatto. Ma non potrebbe forse avvenire, per esempio, in caso di malattia del creditore, che una menzione di liberazione fosse, senza la sua saputa, scritta da un terzo sul titolo di credito? E non sarebbe in supremo grado ingiusto il supporre, in somigliante caso, il creditore, o i suoi eredi, alla necessità di provare la frode, onde respingere una scritta, la quale, non procedendo da essi, non merita per sè medesima alcuna fede? E se egli è così, deesi approvare che i compilatori del Codice non abbiano elevata a presunzione legale la presunzione di fatto, sulla quale è fondata l'opinione di Pothier. Il partito che essi hanno adottato, quanto alle menzioni di liberazione scritte dal creditore istesso, ma sopra un titolo che non sia sempre rimasto in suo potere, va giustificato ugualmente per ragioni molto plausibili, a parer nostro. Se, come si fa notare, non è di uso lo scrivere una ricevuta sul titolo, senza che siavi stato pagamento, ciò si pratica nondimeno assai sovente, allorchè il creditore affidi il titolo ad un terzo per esigere il credito. I commercianti hanno altresì l'abitudine di rivestire di una ricevuta i titoli che essi inviano per l'incasso. Adunque, la circostanza che il titolo sia stato consegnato ad un terzo toglie alle menzioni di liberazione, le quali possano esservi scritte, una parte del loro significato; perciocchè è cosa possibile che esse sieno state distese in considerazione soltanto di un pagamento da effettuarsi; e però comprendesi perchè i compilatori del Codice civile non abbiano voluto, in somigliante caso, attribuire a tali menzioni l'effetto di una prova compiuta. D'altronde,

plicato di un atto, quando questo duplicato si trovi nelle mani del debitore (1). Articolo 1286, comma 2.

questo sistema non presenta veruno inconveniente: perciocchè le menzioni di cui si tratta potranno sempre servire come un principio di prova scritta, suscettivo di essere renduto compiuto, sia mediante la prova testimoniale, sia col soccorso di semplici presunzioni o di un giuramento suppletorio deferito al debitore. Aggiungeremo, che se l'applicazione dei principj che abbiamo testè sviluppati potesse, in circostanze straordinarie, avere il risultamento di forzare il debitore, il quale, facendo un pagamento, si fosse accontentato di una semplice menzione di liberazione, a pagare una seconda volta, ei dovrebbe a sè medesimo imputare il non avere riscossa una quietanza in regola.

* Marcadè sull'articolo in disamina così conchiude.

* *Ecco* in breve il significato del nostro articolo.

* Quando le annotazioni non firmate, che enunciano pagamenti fatti dal debitore, sono o sull'atto semplice o sopra quel duplicato che è il titolo del creditore, fan pruova per ciò solo che sono scritte di mano sua (ovvero del suo mandatario) senza riguardare se il titolo sia o no presso di lui. Quando tali annotazioni sono sopra una precedente quietanza o sopra il duplicato del debitore, fan pruova, purchè la scrittura sia del creditore, e il titolo in cui si trovi non sia presso di lui.

* Del resto, fra i due casi evvi quest'altra differenza, che nel primo l'annotazione, benchè cancellata, sarebbe sempre efficace, poichè la liberazione del debitore risulta dal solo fatto d'essere stata annunciata dal creditore in modo qualunque, mentre nell'altro le raschiature toglierebbero naturalmente l'efficacia alla annotazione, facendo credere che dessa sia stata scritta nella speranza di un pagamento che non si è fatto.

* Quanto alle annotazioni, che aggiunte sul titolo di un credito annunzierebbero un novello credito senza presentare alcuna firma, i nostri antichi scrittori (Boiceau, p. 2, cap. 2, § 2; Danty, *ibid.*, Pothier, n. 729) decidono con buona ragione, che esse possono fare pruova se intimamente si riferiscono all'atto; come se Pietro in fine dell'atto, in cui riconosce di avergli Paolo prestato 600 franchi, scriva di sua mano: « Riconosco che il detto Paolo mi ha di nuovo prestato 200 fr. . » . Nel caso contrario non potrebbero esser altro che principio di pruova per iscritto.

(1) Con ragione è stata criticata, siccome anfibologica ed oscura, la compilazione del secondo comma dello art. 1286. La proposizione, secondochè trovasi concepita nel testo, esprime la vera idea del legislatore, indicando che questo comma ha per oggetto il determinare, da un canto, l'effetto di menzioni di liberazione scritte dal creditore, ma non firmate da lui, appiè di una quietanza regolare rilasciata al debitore e, da un altro canto, l'effetto di somiglianti menzioni scritte sul duplicato di un atto, come a ragion di esempio, di un atto di vendita, allorchè siffatto duplicato si trovi tra le mani di quella delle parti che quest'atto costituisca debitrice, verso l'altra. Per quanto concerne le menzioni di liberazione dell'ultima specie, possonsi presentare tre ipotesi distinte: O il duplicato, che porti una somigliante menzione è sempre rimasto nelle mani di quella delle parti in pro della quale l'atto comprovi un credito, o tale duplicato è in potere del debitore, o finalmente si trova nelle mani di un terzo. La prima di tale ipotesi non

Le menzioni di liberazione, delle quali è cenno nell'artic. 1286, fanno fede, in generale, contro il creditore, anche quando esse si trovino rase o cancellate; purchè però, ben s'intende, sia ancor possibile di leggerne il tenore (1).

Quanto alle annotazioni non soscritte, che si trovino sopra semplici fogli volanti, esse non fanno fede contro colui da cui emanino, tutto che menzionino formalmente un pagamento ricevuto o l'esistenza di un debito a vantaggio di un terzo. In questi casi medesimi, esse possono tutto al più servire come principio di pruova scritta (2).

Colui al quale vengano opposte, sia enunciazioni contenute nei suoi registri domestici, sia menzioni di liberazione scritte sopra atti di cui egli sia sempre rimasto in possesso, è ammesso, indipendentemente da ogni principio di pruova scritta, a provare per mezzo di testimonii, ed anche per via di semplici presunzioni, che tali menzioni o enunciazioni sieno soltanto il risultamento di un errore dal canto suo (3). Ma dovrebbe, egli pare, essere altrimenti, nel caso di menzioni di liberazione scritte dal creditore, in fine di una quietanza regolare o di un duplicato che si trovi in potere del debitore (4).

682. Delle taglie, o tacche a riscontro.

La taglia è una piccola bacchet-

aveva bisogno di essere menzionata nel 2° comma dell' art. 1289, perchè essa va direttamente compresa sotto l' applicazione del 1° comma. Nella seconda, il legislatore vuole che la menzione di liberazione emanata dal creditore faccia fede contra di lui. Nella terza ipotesi, devesi decidere, secondo ciò che è stato detto nella nota precedente, che la menzione di liberazione non può servire salvochè come principio di pruova scritta. Conf. in senso contrario, gli autori citati nella nota precedente.

(1) Vedi in senso contrario: Toullier, VIII, 356.

(2) Pothier, *delle Obbligazioni*, II, 760. Toullier; VIII, 356. Bonnier, n. 604. Nondimeno, se per ragione di particolari circostanze il giudice avesse ammesse somiglianti annotazioni come facienti fede contro colui dal quale procedono, la sua decisione, relativamente a ciò, sarebbe al coperto della censura della corte di cassazione.

(3) *Nec obstat*, art. 1295. La disposizione di questo articolo, il quale proibisce la prova per testimoni contro ed oltre il contenuto negli atti si applica solamente agli atti propriamente detti, vale a dire alle scritture autentiche o private, compilate col concorso o a richiesta di tutte le parti contraenti, con lo scopo di servire come titolo, e di cui la consegna da canto delle parti all'altra, o il deposito in mani terze, offra il carattere di un fatto convenzionale. Questo è ciò che vien chiaramente dimostrato dalla prima parte dell'art. 1293. Or egli è evidente che le scritture, di cui trattasi nel testo, non possono, sotto alcun rapporto, essere riguardate come atti, nel senso che abbiamo testè indicato: esse sono, o almeno possono essere, l'opera tutta spontanea di una delle parti solamente, e non costituiscono così che confessioni scritte suscettive, come tali, di essere ritrattate per causa di errore di fatto. Art. 1310, comma 4.

(4) Di fatti, per la sola ragione che una menzione di liberazione sia

la divisa in due parti uguali, di cui due persone si servono per provare le somministrazioni a minuto che una di esse faccia giornalmente all'altra. A tale effetto, una delle parti di questa bacchetta, che chiamasi propriamente taglia, resta presso il mercante, o l'altra, che chiamasi riscontro, viene consegnata al compratore. Nel momento di ciascuna somministrazione, si riuniscono le due parti della taglia, e con un coltello vi si fa una incisione trasversale che intacchi le due metà. Il numero di queste incisioni indica la quantità delle somministrazioni (1).

Le taglie correlative ai loro riscontri fanno fede tra le persone le quali abbiano il costume di comprovare in tal modo le somministrazioni che esse facciano o ricevano a minuto. Artic. 1287. Se il riscontro non venga esibito, la taglia sola può essere considerata come faciente fede tra le parti, purchè consti che l'una di costoro facevа abitualmente somministrazioni all'altra, e che ellено si servivano d'una taglia per comprovarne la quantità. Nel caso contrario, la taglia prodotta dal mercante non farebbe pruova in favor suo (2).

683. Delle copie degli atti.

stata posta appiè di una quietanza, o di un duplicato che trovisi nelle mani del debitore, questa menzione non può più essere considerata come l'opera spontanea del solo creditore, ed assume, in certo modo, il carattere di un atto propriamente detto.

* (1) Se il riscontro presentasse meno o più segni della taglia, la somministrazione sarebbe provata fino alla concorrenza del numero dei segni comuni alle due metà, rimanendo gli altri del riscontro o della taglia, come se non fossero. Senza fallo, se il consumatore riconoscesse che per somministrazioni fatte si sono posti più segni nel suo riscontro, la pruova risulterebbe non dal riscontro, ma dalla confessione del debitore: ma se il consumatore negasse le pretese somministrazioni, nulla si proverebbe dal riscontro, perchè i segni si son potuti fare senza scopo, come per giuoco da un fanciullo. Dobbiamo dunque stare al testo dell'articolo, che vuole una taglia e un riscontro correlativo.

* (2) La taglia presentata dal somministratore sarebbe senza alcuna forza probante, se il consumatore pretendesse non esistere riscontro, e non essergli stato nulla somministrato, ovvero le somministrazioni essere state da lui pagate in contanti? Noi crediamo di sì, non ostante la dottrina di Duranton (XIII, 235) e Bonnier (nº 611), dei quali il primo positivamente insegna, e il secondo ammette pure (benchè riconosca che così si va molto in là) che la taglia senza controtaglia debba valere quanto un registro di commerciante (articolo 1319 (1283)), e che il giudice possa per essa deferire il giuramento suppletorio. Non si può, secondo noi, accogliere cotesta idea, sì perchè ciò che l'art. 1329 (1283) dice del giuramento pei registri dei negozianti, non si ripete qui per la taglia senza il suo riscontro, e sì perchè in fatti la taglia non merita tanta confidenza quanto quei registri, intorno al tenere i quali la legge impone alcune regole speciali che qui non si danno. In questo caso adunque il somministratore potrebbe valersi della pruova testimoniale per pruovare, come vuole Toullier (VIII 408), la non esistenza

Regolarmente (1), la forza probante è inerente soltanto agli atti originali, e non alle semplici copie, quale che ne sia per altro la forma. Deriva da ciò, che colui, al quale si oppunga sia una copia conforme o spedizione di un atto qualunque, sia ancora la copia di prima edizione d'un atto autentico, è sempre in libertà di esigere l'esibizione dell'originale; ed il giudice non può rigettare questa dimanda, sotto il pretesto che essa non tenda ad altro che ad inceppare il corso del giudizio, o che la copia, la quale gli è sottoposta, offra tutte le garentie d'una perfetta conformità con questo originale (2). Artic. 1288.

Nondimeno, allorchè l'originale non più esista, o non si trovi nel luogo dove abbia dovuto essere depositato (3), le copie fanno fede giusta le distinzioni stabilite dall'art. 1289 (4).

Le copie di atti autentici o privati, estratte da semplici particolari, non meritano alcuna fede, e non possono neppure servire giammai come principio di pruova scritta. È lo stesso delle copie di atti privati, quando anche estratte da notai: eccetto se si trattasse di atti i quali, per effetto del *loro* deposito presso un notaio, *abbiano* rivestito il carattere della autenticità (5).

La trascrizione, vale a dire, la

del riscontro (il che lo farebbe governare dalla regola di cui parleremo) o per provare immediatamente, ove la somma fosse minore di 150 franchi, che realmente siasi fatta la somministrazione, e che lo avversario sia debitore.

* Che si deve ora decidere quando, non essendosi esibito il riscontro, il somministratore provi che sia esistito, ovvero il consumatore confessi di averlo perduto, e poi neghi tutto o parte del debito che gli si domanda? Noi stimiamo che allora, tranne che non si pruovi la frode del somministratore, la taglia debba far fede; perchè il consumatore, nel caso stesso in cui egli spontaneamente riconosce che vi era una contrataglia, e sia vero che egli l'abbia perduto, come allega, è sempre in colpa di non avere ultimato il conto col somministratore, e ricominciato una nuova taglia, perduto che ebbe il riscontro.

(1) Conf. nondimeno; art. 47.

(2) Civ. cass., 15 luglio 1829, Sir., XXIX, 1, 305.

(3) Il caso in cui l'originale non trovisi nel luogo nel quale abbia dovuto essere depositato, deve, secondo lo spirito della legge, essere assomigliato al caso in cui esso originale più non esista. Ric. rig. 10 novembre 1830, Sir., XXX, 1, 398. Quegli il quale produca la copia di un atto, che più non esista, non è tenuto ad addurre la prova dell'avvenimento che abbia cagionato la perdita dell'originale. Lo stesso arresto.

(4) Conf. Ric. rig., 23 gennaio 1825, Sir., XXV, 1, 260; Parigi, 30 novembre 1833, Sir., XXXV, 2, 203. Conf. sulla prova dell'antichità di una copia: Ric. rig., 10 novembre 1830, Sir. XXX, 1, 398. I giudici possono prendere per base della loro decisione una semplice copia di copia, allorchè le due parti siensi ugualmente prevalute di quest'atto, ed abbiano preteso di attingervi la prova del loro dritto. Ric. rig., 17 dicembre 1838, Sir., XXXIX, 1, 317.

(5) Bonnier n. 742.

copia intera e letterale d'un atto sopra i pubblici registri, può servire unicamente come principio di pruova scritta; e dippiù, bisogna, per questo, il concorso delle due condizioni indicate dalla legge. Art. 1290. La relazione di un atto sopra i libri della registratura non sembra dover somministrare un principio di pruova scritta, anche quando indicasse, in un modo preciso, così la data che il tenore dell'atto, e le condizioni richieste dall'articolo 1290, si trovassero riunite (1). Del resto, la trascrizione di un atto privato non può servir giammai come principio di pruova scritta (2).

2. DELLA PRUOVA TESTIMONIALE

684 2 Della pruova testimoniale. 685 a. Dei principii che ne regolano l'ammessione — Primo principio.— Secondo principio. 686 b. Delle eccezioni a cui soggiacciono questi principii.— Prima eccezione.— seconda eccezione.

684. 2. Della pruova testimoniale. Generalità.

I compilatori del Codice civile hanno creduto di dover restringere la pruova testimoniale in limiti angustissimi, non solo per ovviare ai pericoli che offre la troppo facile subornazione dei testimonii, ma eziandio per allontanare gl'inconvenienti che risultano dalla moltiplicità delle liti e dall'intralciamento delle procedure (3).

Secondo lo spirito della legge,

(1) Di fatti, la semplice analisi di un atto, che il ricevitore della registratura riporti sopra i suoi libri, non offre le stesse garentie di esattezza come la copia letterale di quest'atto sui registri del conservatore delle ipoteche. D'altronde, le disposizioni dell'art. 1290 allontanandosi dalle regole del diritto comune non potrebbe essere permesso lo interpetrarle in un modo estensivo. Conf. *Osservazioni del tribunato*, *Esposizione de' motivi*, di Bigot Preameneu, e *Rapporto fatto al tribunato* da Jaubert. (Locrè, *Legisl.* t. XII, n. 72, 203 e 22. Toullier, IX, 72; Bonnier, n 734. Vedi in senso contrario: Duranton, XIII, 255; Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Perdita di titolo, n. 17; Ric. rig. 16 febbraio 1837, Sir,, XXXVII, 1, 253.

(2) Di fatti, le condizioni richieste dall'art. 1290 non possono esistere, quando trattisi di atti privati. Duranton, XIII, 255.

(3) Fonti.—Anticamente, la pruova testimoniale era ammessa in Francia in un modo illimitato ed assoluto. Essa prevaleva fin anche sulla prova letterale: *I testimoni sorpassano la scrittura*. Loisel, *Institutioni consuetudinarie*, lib. V, tit. V, reg. 5. Vedi altresì: Bouteiller, *Somma rurale*, tit. 100. Questo stato di cose venne cangiato dall'ordinanza di Moulins (febbraio 1566), della quale l'art. 54 è così concepito: « Per ovviare alla moltiplicazione di fatti che per lo passato sonosi veduti allegare in giudizio, soggetti a pruova per testimoni ed a ripulse di costoro, d'onde avvengono

il divieto della pruova testimoniale può, almeno quanto ai fatti giuridici, essere considerato come la regola, e l'ammessibilità di questa pruova, come l'eccezione (1). Adunque, siffatto mezzo di pruova non è ammessibile che nei casi in cui la legge lo autorizzi esplicitamente o implicicitamente.

Il divieto della pruova testimo-

molti inconvenienti ed intralciamenti di liti; abbiamo ordinato ed ordiniamo, che, da oggi innanzi, di ogni cosa eccedente la somma o il valore di cento lire da pagarsi per una sola volta, saranno distesi contratti dinanzi notai e testimoni; per mezzo de' quali contratti solamente sarà fatta e ricevuta ogni pruova nelle dette maniere, senza riceversi alcuna prova per testimoni oltre il contenuto nel contratto, nè sopra a ciò che venisse allegato d'essere stato detto e convenuto prima di questo contratto, nel momento della sua stipulazione e dopo. Con che non intendiamo escludere le pruove delle convenzioni particolari ed altre che fossero fatte dalle parti mercè private scritture ». Il tenore di questa disposizione fu riprodotto dall'articolo 2, tit. XX, dell' ordinanza del 1667, il quale dice così: « Saranno distesi atti dinanzi notaio, o scritture private, di ogni cosa eccedente la somma o il valore di cento lire, anche per depositi volontarii; e non sarà ricevuta alcuna pruova per testimoni contro ed oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che venisse allegato di essere stato detto prima, nel momento e dopo degli atti, ancorchè si trattasse di una somma o valore minore di cento lire; senza però nulla innovare, relativamente a ciò in ordine a quel che si osserva presso la giustizia de' giudici e dei consoli dei mercanti ». L'art. 1295 del Codice civile non essendo, salvo la sostituzione della cifra di 150 franchi a quella di 100 lire, se non la riproduzione, per così dire, letterale dell'art. 2 tit. XX, dell' ordinanza del 1667, il quale ancor esso era stato calcato sull'art. 54 dell'ordinanza di Moulins, così nello spirito che dettò queste due disposizioni, e negli sviluppamenti che loro hanno dati la giureprudenza de' parlamenti e gli antichi commentatori, è mestieri principalmente cercare la soluzione delle difficoltà cui la materia presenta.

Bibliografia.—*Trattato della pruova per testimoni in materia civile*, di Boiceau, con le osservazioni ed annotazioni di Danty, Parigi; 1738, un vol. in 4.° *Trattato della pruova per testimoni in materia civile*, di Desquiron; Parigi, 1811, un vol. in 8.

(1) Questo spirito manifestasi chiaramente mercè il ravvicinamento delle diverse disposizioni relative alla pruova testimoniale. Confr. artic. 48, 245 a 247; 264, 1295 a 1302. Vedi nondimeno in senso contrario: Toullier, IX, 26 a 28; Bonnier, n. 96. Secondo quest'ultimo autore, l'esclusione della pruova testimoniale non costituirebbe la regola, se non in materie di stato civile e di filiazione; sotto ogni altro rapporto, essa costituirebbe soltanto l'eccezione. Noi addurremo nella nota 1 del § 685 i motivi che ci fanno rigettare questa maniera di vedere. Tutto al più potrebbesi dire, che l'esclusione della pruova testimoniale non sia di regola generale, salvochè in materia eccedente 150 franchi. Ma si può altresì considerare l'ammissibilità della pruova testimoniale de' fatti giuridici, il cui oggetto non oltrepassi 150 franchi, come una eccezione alla regola generale della proibizione di questa prova; ed in questo punto di veduta si mette lo stesso Bonnier, Conf. n. 101 e seg.

niale è di ordine pubblico, ugualmente che d'interesse privato (1). Risulta da siffatto principio, che quando la pruova testimoniale sia inammessibile, il giudice dee rigettarla di ufficio, sebbene la parte, contro di cui intendesi di farla valere, non si opponga alla sua ammessione, ed anche formalmente vi consenta (2).

(1) La ragione indicata nel preambolo dell' art. 54 dell' ordinanza di Moulins, come quella che serviva di base alle disposizioni proibitive di quest'articolo, è evidentemente una ragione di ordine pubblico.

(2) Deesi tanto meno esitare nell'adottare questa soluzione, in quantochè le differenti disposizioni legislative, tanto antiche quanto nuove, concernenti la proibizione della pruova testimoniale, sono concepute in forma d' ingiunzione indiritta al giudice personalmente. Conf. Codice civile, art. 1293 e seg.: Codice di procedura, art. 348 e 349. Danty, sopra Boiceau, *Addizioni* al cap. I, n. 7 a 9. Rodier sull'art. 2, tit. XX, dell' ordinanza del 1667, quist. 6. Bonnier, sullo stesso articolo. Brodeau, sopra Louet, lett. D, § 338, Merlin, *Rep.* v. Pruova, sez. II, § 3, n. 2 a 33. Toullier, IX, 36 a 41. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato*, v. Prova, n. 50, seg. Boncenne, *Teoria della procedura civile*, Gand, 6 novembre 1841, *Giur. di B.* 1842, 62. Vedi in senso contrario: Jousse; sull'art. 2, tit. XX, dell' ordinanza del 1667; Duparc Poulain, *Principii di diritto*, IX, 40 e 41, Duranton. XII. 308 e 329; Favard, *Rep.*, v. Pruova testimoniale, sez. I, § 1, n. 3; Demiau-Crouzilhac. *Istruzione sulla procedura*, Thomines Desmazures, *Commentario del Codice di procedura civile*. I, 295; Dalloz. *Giur. gen.* v. Obbligazioni, cap. VI, sez. 2, art. 2, n. 3; Boitard, *Lezioni sul codice di procedura civile*, I. 976; Curasson, *Competenza dei giudici di pace*, I, 15; Bonnier, n. 113; Bourges, 16 dicembre 1826, Sir., XXVII, 2, 120; Rennes, 25 febbraio 1841, Sir., XLI, 2, 427. La maggior parte degli autori che abbiamo ora citati in senso contrario, fanno nondimeno una distinzione tra il caso in cui la parte, contro la quale intendasi fare una prova testimoniale, si limiti a non opporsi alla sua ammessione, e 'l caso in cui ella vi consenta formalmente. Come noi, essi ammettono che nel primo caso, il giudice debba di ufficio rigettare la pruova testimoniale; e solamente nel secondo caso essi insegnano, contrariamente alla nostra maniera di vedere, che il giudice possa ammettere questa prova. Siffatta distinzione sembraci che sia difficile a giustificarsi. E primamente, noi non comprendiamo come mai fosse giuridicamente possibile lo accordare una più estesa efficacia ad un consenso formale, che non ad un consenso implicito, il quale sia d'altronde bene stabilito. In secondo luogo, vuolsi notare, che, rigettando di ufficio la pruova testimoniale proposta da una delle parti, e non respinta dall'altra, il giudice non si limita a supplire un mezzo di diritto, in appoggio di un' eccezione, ma che egli supplisce questa eccezione istessa. Or se, in ogni materia, il giudice può, e deve anzi supplire di uffizio i semplici mezzi di diritto che militino in favore di una eccezione proposta dinanzi a lui, solamente nelle materie di ordine pubblico gli è permesso di supplire, in favore di una delle parti, una eccezione che ella non abbia fatta valere. Riassumendo: il giudice non può rigettare di ufficio la pruova testimoniale proposta da una delle parti, e non respinta dall'altra, se non supponendo di ordine pubblico la disposizione legale che la proibi-

La quistione di sapersi se, in tale o tale altra ipotesi, la legge autorizzi o rigetti la pruova testimoniale, è una quistione di dritto, la cui soluzione erronea dà luogo a cassazione (1). Per contrario, la quistione se la pruova testimoniale offerta sia o no pertinente, non è, in generale, che una quistione di fatto, la cui soluzione è abbandonata alla prudenza del giudice. Adunque, la sua decisione riguardo a ciò non può essere impugnata per mezzo di ricorso in cassazione, tranne se, fondata sopra un' erronea estimazione delle conseguenze legali dei fatti di cui venga offerta la pruova, essa decisione abbia così violata o fallacemente applicata qualche disposizione della legge (2). A maggior ragione, devesi considerare come interamente abbandonata al potere discrezionale del giudice la quistione, se la pruova testimoniale sia stata somministrata in un modo sufficiente e compiuto (3).

Le regole sulle qualità fisiche e legali che debbono possedere i testimoni, e sulle cause in virtù delle quali è permesso di ripulsarli, appartengono al dritto di procedura, ci dispenseremo dallo spiegarle in questo luogo (4).

Una specie particolare di pruova testimoniale è la pruova per pubblica fama.

Il carattere speciale e distintivo di questa pruova consiste in ciò, che essa somministrasi in un modo sufficiente per mezzo di testimoni, i quali non depongano che di semplici cose intese dire o i quali si limitino ad enunciare l'opinione che essi si abbiano formata, in un modo quale che sia, sopra i fatti in lite; mentrechè la pruova testimoniale ordinaria esige, per essere compiuta, testimoni che depongano fatti precisi, di cui essi abbiano acquistata personalmente conoscenza. La pruova per pubblica fama non è, in generale, ammessibile che per istabilire l'ammontare di cose mobili non inventariate, contro colui che era incaricato di farne fare l'inventario; ma essa è sempre ammessibile in simile circo-

sce; ed in questa supposizione, ci deve rigettarla anche quando la parte, contro di cui intendasi di farla valere, consenta formalmente di questa pruova.

(1) Conf. civ. cass., 21 agosto 1840, Sir., XL, 1, 867. Vedi nondimeno: art. 1302.

(2) Ric. rig., 3 gennaio 1832, Sir., XXXII, 1, 674; Ric. rig., 11 febbraio 1834, Sir., XXXIV, 1, 115; Ric. rig., 8 agosto 1837, Sir., XXXVII, 1, 937; Ric. rig. 18 giugno 1839, Sir., XXXIX, 1, 871; Ric. rig., 16 agosto 1841, Sir., XLI, 1, 837; Ric. rig., 28 febbraio 1843, Sir., XLIII, 1, 330; Civ. rig. 28 agosto 1844, Sir., XLIV, 1, 714.

(3) La regola: *Testis unus, testis nullus*, o come la esprimeva Loisel (*Istituzioni consuetudinarie*, lib. V, tit. V, reg. 10): « Voce di uno, voce di nessuno », è stata rigettata dalla nostra nuova legislazione, tanto in materia civile, quanto in materia criminale. Il giudice può ammettere come vero un fatto il quale non sia attestato che da un solo testimone, e rigettare come falso un fatto attestato da due testimoni.

(4) Conf. Codice di procedura, art. 378. V. altresì: Cod. civ. art 251 *franc.*

stanza, anche quando la legge non l'avesse formalmente autorizzata nell'ipotesi speciale in cui si versi (1).

685 a. Dei principii che regolano l'ammissione della pruova testimoniale.—Primo principio.

Dev'essere disteso atto innanzi notaio, o atto privato, di ogni fatto giuridico (2), il cui oggetto sia di

(1) Art. 1405, ed arg. da questo articolo; Douai, 27 maggio 1841, Sir., XLI, 2. 450. (Brusselles, 20 maggio 1826, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(2) Le parole: « qualunque caso », le quali leggonsi nell'art. 1293, sono testualmente tolte dalle ordinanze del 1566 e del 1667. Malgrado la generalità di tali parole, si trusse partito da un equivoco, che era cadato nell'ordinanza del 1566, per sostenersi che la proibizione della pruova testimoniale si applicasse solamente alla formazione delle convenzioni, e che non concernesse, almeno in generale, l'estinzione delle obbligazioni. Confr. Boiceau e Danty, cap. XI. Ma l'ordinanza del 1667, sostituendo alle parole: *saranno distesi contratti*, che leggevansi nell'ordinanza del 1566, le espressioni:*saranno distesi atti*, troncò a corto ogni difficoltà su questo punto, e d'allora in poi sembra essersi generalmente riconosciuto che le parole: « qualunque cosa » non indichino solamente i fatti giuridici, coi quali le convenzioni si formano, ma ancora i fatti per effetto dei quali le obbligazioni si estinguono. Confr. Pothier *delle Obbligazioni*, n. 786; Toullier, IX, 26; Duranton, XIII, 115. Bonnier, n. 99. Vedi nel medesimo senso; Civ. cass., 5 febbraio 1812 Sir., XII, 1, 288. Torino 8 giugno 1812 Sir., XIV, 2, 98; Tolosa, 6 febbraio 1835, Sir., XXXVI, 2, 46. A parer nostro i compilatori del Codice hanno inteso di attribuire alle parole menzionate di sopra un significato anche più largo. La minuziosa cura ond'eglino hanno espressi nell'art. 1302 i casi eccezionali, in cui la regola stabilita dall'art. 1293 dee cessar di avere applicazione, lo dimostra evidentemente. Ed in vero, non può spiegarsi l'eccezione apportata dal n. 1 dell'art. 1302, quanto alle obbligazioni nascenti da delitti o da quasi-delitti, senza ammettere che la volontà del legislatore sia stata quella di stabilire nell'art. 1302 una regola generale, che si riferisce non solamente alla formazione delle convenzioni ed alla estinzione delle obbligazioni, ma che si applicasse ugualmente ad ogni altro fatto giuridico di qualunque natura potesse essere. Indarno, per confutare questo argomento, pretenderebbesi, con Bonnier n. 99, che il legislatore abbia commessa una inesattezza di compilazione, stabilendo pe' delitti e pei quasi-delitti una eccezione, la quale riusciva affatto inutile, perchè i fatti illeciti non erano stati giammai compresi nella regola. Che non vi fossero compresi sotto l'impero delle ordinanze del 1566 e del 1667, noi potremmo concederlo. Ma che non vi sieno compresi oggidì, non lo potremmo ammettere. Appunto perchè la regola stabilita dall'articolo 1293 doveva, secondo la mente de' compilatori del Codice, essere adattabile alla pruova di tutti i fatti giuridici, in generale, eglino hanno creduto necessario di accetturne formalmente i delitti ed i quasi-delitti. Aggiugneremo un'osservazione che ci sembra decisiva. Il progetto dell'art. 1293, secondochè era stato presentato dalla sezione di legislazione del consiglio di Stato diceva così: « Dev'essere disteso atto, dinanzi notaio o per iscrittura priva-

un valore maggiore di cinquanta ducati (1), in questo senso almeno, che la pruova testimoniale di un fatto non è, in generale, ammessibile (2). Art. 1295.

1. I fatti giuridici sono tutti i

ta, *di tutte le convenzioni sopra cose* eccedenti la somma o il valore di 150 fr. » Vedi: Locré, *Legisl.* t. XII, art. 230; i lavori preparatorii del Codice non fanno, per verità, conoscere le ragioni del cangiamento di compilazione che subì l'articolo 1295; ma sembra impossibile di spiegare la soppressione delle parole, *convenzioni sopra*, altrimenti che mediante l'intenzione di generalizzare la regola stabilita in quest'articolo, e di estenderla a tutti i fatti giuridici. Questa regola del resto non può produrre veruno inconveniente nella pratica: la parte, che abbia il peso di provare un fatto, è sempre per eccezione ammessa a stabilirlo per mezzo di testimoni, quando ella siasi trovata nella impossibilità di procurarsene una pruova letterale. Art. 1302.

(1) Questa cifra è, a cagione della depreziazione de' valori monetarii, proporzionatamente inferiore a quella di cento lire, che avevano adottata le ordinanze del 1566 e del 1667. Ma l'uso della scrittura essendo divenuto più familiare, il legislatore ha potuto mostrarsi più rigoroso. Conf. *Esposizione dei motivi*, di Bigot-Preamenen, e *Rapporto al tribunato*, di Jaubert (Locré, *Legisl.* t. XII, n. 210, 26).

(2) L'art. 1295 riguarda la scrittura sol come un mezzo di pruova, e non come una solennità: *Requiritur scriptura ad probationem tantum, non quoad formam negotii.* Del resto, intendesi bene che questa regola riceve eccezione in tutti i casi in cui la legge esige la scrittura come una solennità necessaria, sia per la esistenza o per la validità tra le parti di un atto giuridico, sia per la sua efficacia riguardo ai terzi. Confr. artic. 257, 855, 894, 1203, 1348, 1536, 1844, 1945 e 2013.

* *Diritto romano.* Non credettero i Romani che gli uomini avessero tanta malvagità di mutare o tacere la verità quando ne fossero stati interrogati, perciò ammisero sempre la pruova testimoniale; talchè Costantino rescrisse che questo genere di prova aver dovesse la stessa forza che quello per mezzo d'instrumenti *l. 15 Cod. de fide instrum.*, e Giustiniano decretò che la prova instrumentaria potesse essere vinta dalla testimoniale *l. 14 Cod. de contrah. et comm. stipul.*, § 12 *inst. de inutil. stipulat.* Questa regola però pativa eccezione nel contratto *chirografario*, ed in varii altri casi, nei quali era prescritta la prova per iscritto ed esclusa la testimoniale, come nel caso della *l. pen. Cod. si min. se maj. dix.*, *l. 25 § ult. in fin. ff de probat.*, *l. 18 Cod. de non num. pecun.*, *l. 73 Cod. de donat.*: sebbene peraltro i prammatici, quando la legge esigeva la prova per iscritto, usassero di ammettere in luogo di essa la confessione della parte, o la testimonianza di cinque testimoni *arg. l. 18 Cod. de testibus.* Erano i testimonii quelle persone che facevano fede di una qualche cosa in una causa o civile o criminale; quindi dovevano esser capaci a far questa fede nel tempo in cui facevano la loro deposizione *arg. l. 3. l. 13, ff de testibus. junct. l. 22 § 1 ff qui testam. fac. poss.* Ond'è che alcuni erano incapaci assolutamente di far testimonianza, alcuni relativamente a certe cause o persone. Assolutamente incapaci erano gl'impuberi *l. 3. § 5, l. 19 § 1 ff de test.*, § 6 *inst. de testam. ord.* i furiosi, i mentecatti, i prodighi § 6 *inst. de test. ord.*, *junct. l. 40. l. 124, § 1 ff de reg. jur.*, gl'in-

fatti dell'uomo i quali, di loro natura, abbiano per risultamento

fami di diritto *l.* 3 § 5. *l.* 14, *l.* 15, *l.* 18 *ff de testibus*, gli accusati di un pubblico delitto, gl'imprigionati, coloro che erano tenuti in pubblica custodia *l.* 3 § 5, *l.* 20 *ff eod.*, i condannati di calunnia in un giudizio pubblico *l.* 13 *ff eod.*, quelli che venivano rimossi dal Senato per una qualche turpitudine *l.* 2 *ff de senator.*, i pagani, gli apostati, gli eretici, i giudei, comunque fra di loro potessero servire da testimonii *l.* 4, *l.* 5, *l. pen. Cod. de haeret. et manicheis*, i condannati per un libello famoso *l.* 21 *ff de testibus*, le meretrici, coloro che ricevevano danaro per fare o non fare testimonianza *l.* 3 § 5 *ff eod.*, e generalmente tutte le persone più vili e povere se altre non sospette e di buona riputazione se ne potevano avere *l.* 3 *pr. ff. l.* 18 *Cod. eod., nov.* 90 *cap.* 1.

* Relativamente a certe cause o persone erano incapaci di far testimonianza tutte le persone domestiche, lo che per altro non si desumeva dalla coabitazione, ma piuttosto dal dritto di famiglia, e di patria potestà *l.* 3 *Cod. de testibus*, *l.* 6, *l. pen. ff eod.*, § 9 *instit. de testam. ordinan.*, *junct. l.* 17 *ff de testibus l.* 195 § 2 *de verb. sig.* Di qui è che il padre ed il figlio non potevano farsi testimonianza nè in favore nè contro *l.* 9 *ff l.* 6 *Cod. de test.*, così pure i fratelli, per non essere essi annoverati fra quelle persone che non si potevano costringere a farsi testimonianza tra di loro a favore o contra *l.* 4 *et ll. seqq. ff eod.*, ciò che sarebbe stato necessario se fosse al fratello permesso di far di testimonio contro il proprio fratello, e perchè ancora un fratello non poteva accusare l'altro fratello se non di un delitto dei più leggieri *l.* 13, *l.* 18 *Cod. de his qui acc.* Similmente il marito e la moglie, imperciocchè essi potevansi considerare fra quei domestici testimoni che le leggi non ammettevano, specialmente per essere la moglie sotto la potestà del marito *arg. l.* 195 § 2 *ff de verb., sig.*, *l.* 1 § 15 *ff ad S. C. Silanian.* Lo stesso si dica dell'avvocato, del procuratore, i quali non potevano servire da testimoni in quella causa che difendevano *l. ult. Cod. de testibus.* Egualmente i sensali non potevano far testimonianza in quell'affare nel quale avevano prestata l'opera loro, a meno che anche le parti non avessero acconsentito *nov.* 90 *cap.* 8. Il socio non poteva testimoniare nella causa della società *arg. l.* 10 *ff*, *l.* 11 *Cod. de test.*, *l.* 1. *Cod. de com. rer. alien.*, *l.* 1 § 11 *ff quando appell. sit*, il cedente nella causa del cessionario, l'autore nella causa di colui al quale aveva alienato, atteso che costoro erano come testimoni in causa propria in forza dell'evizione cui erano tenuti *l.* 10 *ff*, *l.* 10 *Cod. de testibus*, il tutore ed il curatore nella causa del suo pupillo o minore *arg. l. ult. ff eod.*, l'inimico capitale contro il suo nemico *l.* 3 *ff eod.*, *junct. l.* 17 *Cod. eod.*, *nov.* 90 *cap.* 7.

* Al contrario i minori potevano testimoniare, ma però soltanto nelle cause civili, e non nelle criminali *l.* 20 *ff eod.*, i ciechi sopra quelle cose che non esigevano il senso della vista, o sopra quelle cose che avevano veduto prima di divenir ciechi, i muti e sordi sopra quelle cose che potevano chiaramente indicare, a riserva dei testamenti, le femmine in tutte le cause sì civili che criminali *l.* 18 *ff eod.*, a riserva parimente dei testamenti, come si disse nella stessa nota, i sudditi nelle cause del principe, i cittadini nelle cause della loro città, purchè queste non riguardassero principalmente la utilità dei singoli cittadini *arg. l.* 7

immediato e necessario, sia il creare o il trasferire, sia il con-

§ 1 *ff quod cujusq. univer. nom.*, *l.* 10 § 4 *ff de in ius vocan.*

* Eranvi delle persone che potevano testimoniare se volevano, ma che non potevano essere costrette; tali erano i vecchi che perduta avevano la memoria, gl' infermicci, i soldati *l.* 3 § *ult. ff de testibus*, *l.* 60 *ff de re iud.*, i personaggi illustri *l.* 16 *Cod. de testibus*. I gabellieri, gli assenti per affari della repubblica, coloro che avevan preso a fare una qualche cosa da dare all' esercito *l.* 8, *l.* 19 *ff eod.*, i cognati e gli affini più prossimi nominati nella *l.* 4 *e* 5 *ff eodem.*

* Allorchè alcuno era chiamato in giudizio a far testimonianza, se non era nel numero di coloro che potevano scusarsi, era obbligato ad obbedire al precetto del giudice, altrimenti poteva esservi costretto o con una multa, o con un pignoramento, o con qualche altro mezzo di cui il giudice poteva servirsi per farsi obbedire *l.* 16, *l.* 19 *Cod. de testibus, iunct.* § *pen. instit. de satisd. tut.*, *l. unic. ff si quis ius dicenti non obtemper.* Quegli peraltro il quale produceva un testimonio, era obbligato a pagargli le spese di viaggio e tutt' altro che gli era necessario per venire a deporre la verità in giudizio *l.* 3 § 4 *ff de testibus*, *l.* 11, *l.* 16 *in fin.*, *l. pen. Cod.*, *eod.*, *l.* 6 § 2 *Cod. de appellat.* Quando un testimonio si era recato in giudizio doveva primieramente giurare di dire la verità sopra ciò che sarebbe stato interrogato *l.* 9 *prin.*, *l.* 16, *l.* 18 *Cod. de testibus*. Dopo questo giuramento doveva rispondere alle interrogazioni che il giudice gli faceva in luogo segreto, ma però in presenza delle parti *l.* 14, *l. pen. Cod. de testibus*, *l.* 18 *Cod. de fide instrum.*, *nov.* 90 *cap. ult.* Errarono quindi i prammatici allorchè introdussero l'uso nel foro che le parti fossero presenti al giuramento de' testimoni, ma non alla loro deposizione: conciossiachè la citata *l.* 14 *Cod. de testibus*, col dire *ad iudicantis intrare secretum* non prescrivesse già che i testimonii deporre dovessero in segreto senza che le parti fossero presenti come si diedero a credere i prammatici; ma bensì ordinasse ai testimoni di non condurre seco alcuna persona, nè affacciare alcun privilegio, affinchè il giudice senza temere, potesse costringere i testimonii a rispondere in termini convenienti alla maestà del magistrato, redarguirli ove fosse stato necessario, e far loro deporre la candida verità anche col far uso dei mezzi coattivi quando vi fosse stato il bisogno. Ma se anche si volesse far violenza al senso di questa legge intendendola come la intesero i prammatici, si dovrebbe dire che essa fu derogata da Giustiniano, il quale apertamente permise alle parti di potere stare presenti all'esame dei testimonii, prima colla *l.* 18 *Cod. de fide instr.*, ove disse *ut depositionibus sub utriusque partis praesentia factis*, di poi colla *l. penult. Cod. de testibus*, nella quale disse *alterutra parte praesente, quae eos introducit testimonia eorum capere*, indi colla *novell.* 90 *cap. ult.*, ove disse *oportet etiam illum* (cioè la parte contro cui si producevano i testimoni) *in ea civitate constitutum, in qua testationes dantur admonitum a iudice, sive a difensore praesentem esse, et audire attestationes. Si vero noluerit advenire, sed respuerit; ut ex hac ab una parte testimonia dentur, ut secundum hoc ipsum inutilia essent; sancimus huiusmodi attestationes ita teneri ac si non ex una parte constitutae sint sed tamquam eo praesente factae sint.* In tal modo esa-

fermare o riconoscere, sia il modificare o lo estinguere obbligazioni ovvero dritti (1).

Ai fatti giuridici vanno opposti

minati i testimoni, essi non facevano necessariamente piena fede; imperocchè il giudice esaminata la estimazion loro, la loro dignità e costanza nei detti, decideva secondo l'ultima persuasion sua, quanta fede meritassero *l.* 3 § 1, 2, 3, 4 *ff de testibus*.

* Se i testimonii non dimoravano nel luogo di giurisdizione del giudice, avanti del quale pendeva la lite, e se il recarsi in tale luogo sarebbe stato per loro di svantaggio grande, citata la parte avversa o il di lei procuratore, si commetteva lo esame al giudice del luogo ove dimoravano, il quale spediva le deposizioni al luogo del giudizio, le quali valevano egualmente che fossero state fatte avanti il giudice della lite *l.* 18 *Cod. de fide instr.*, *l.* 16 *Cod. de testibus*, semprecchè però si fosse trattato di cause civili, non di criminali *l.* 3 § 3 *ff eod.*, *nov.* 90 *cap.* 5. Era poi permesso di produrre testimonii in una stessa causa per una, per due, per tre volte, ed eziandio per la quarta volta, purchè in quest'ultimo caso il producente, esaminata dal giudice la causa, avesse giurato che faceva quest' ultima produzione non per dolo ma perchè la deposizione degli altri testimonii nulla gli giovava *nov.* 90 *cap.* 4. Prodotti i testimonii poteva si l'attore come il reo ricusarli per un qualche motivo legittimo *l.* 17, *l. ult. Cod. de testibus*, *nov.* 90 *cap.* 6, e nel caso che non fossero stati ricusati, dovevano nel loro esame dare la ragione per cui sapevano le cose che narravano *l.* 4 *Cod. de testibus*, ond'e che nulla provavano quei testimonii che fondavano la loro deposizione sulla fama, a meno che non si fosse trattato di cose antiche *l.* 28 *ff de probat.* Un solo testimonio comunque qualificato, non faceva prova *l.* 9 § 1 *Cod. de testibus*; al contrario due testimoni maggiori di ogni eccezione in ogni caso facevano piena pruova, salvo che la legge non ne avesse ricercato un numero maggiore *l.* 12 *ff de testibus*, *l.* 217 *in fin. ff de verb. signif.* come nel caso della *l.* 18 *Cod. de testibus*. Per ultimo è da osservarsi che quando la deposizione dei testimonii rendeva la causa dubbia, dovevasi la medesima decidere piuttosto in favore del reo che dell' attore *l.* 38 *ff de re iudicata*, *l.* 47 *ff de obblig. et act.*, *l.* 4, § 13 *ff de doli mali metusve except.*, *l. ult. ff de feriis*, *l.* 125, *l.* 128 *ff de reg. iur.*, *l.* 6 *prin. et* § 1 *Cod. de tem. integr. restit.*, *l.* 2 *Cod. de dilat.*

* Siccome poi gli articoli susseguenti non sono che ampliazioni e restrizioni della regola stabilita nell'articolo precedente, la quale vuole che sopra qualunque cosa la quale ecceda la somma o il valore di ducati cinquanta debba farsi una scrittura o pubblica o privata, così non faremo noi alcuna osservazione sopra gli stessi articoli, bastando ricordarsi la regola che in principio di questa nota abbiamo dato, cioè che il diritto romano generalmente ammetteva la prova testimoniale anche per distruggere la prova per iscritto.

(1) Ogni fatto, il quale, di sua natura, produca un effetto giuridico, è per questa medesima ragione un fatto giuridico. Or non si comprende come un fatto possa produrre altre conseguenze giuridiche, oltre quelle le quali sono indicate nel testo. La nostra definizione è dunque esatta in sè medesima. Essa va d'altronde giustificata sotto il punto di veduta speciale della materia di cui ci occupiamo, per le seguenti considerazioni. Movendo dalle spiegazioni date

i fatti puri e semplici, vale a dire, i fatti dell'uomo, i quali, di loro natura, presentano soltanto risultamenti materiali, ed i quali non ingenerano dritti ed obbligazioni, se non in quanto si rannodino a determinati rapporti giuridici, ed in ragione soltanto di questi rapporti (1).

I fatti puri e semplici possono, in generale, venire provati per mezzo di testimoni, quale che sia il valore della contestazione nella quale trattisi di stabilirne l'esistenza (2).

Tali sono, per esempio:

. I fatti materiali di possesso; gli elementi costitutivi del possesso di stato; le ingiurie che servano di base ad una dimanda di separazione personale, e la riconciliazione opposta come fine di non ricevere ad una somigliante dimanda; l'identità di un individuo; la nascita di un figliuolo vivo, presentato morto all'uffiziale dello stato civile; i fatti giustificativi della proprietà d'una cosa nascosta o sotterrata (3).

Gli avvenimenti della natura sono del pari suscettivi di essere provati per mezzo di testimoni;

più sopra, siamo di forza menati a riconoscere che tutti gli atti giuridici, aventi per oggetto il creare, il trasferire o lo estinguere obbligazioni o diritti, non sono suscettivi di essere provati per testimoni, allorchè versino sopra valori eccedenti 150 fr. Da un altro canto, la combinazione degli artic. 1271, 1282 e 1309 dimostra, che, sotto il rapporto della proibizione della pruova testimoniale, il Codice colloca gli atti di ricognizione e di conferma a livello di quelli che abbiano per oggetto il creare obbligazioni o diritti. In fine, risulta implicitamente dalla seconda disposizione dell'art. 1295, che se gli atti, i quali tendano a modificare obbligazioni o diritti preesistenti, non possono, neppure al disotto di 150 fr., essere provati per testimoni, allorchè queste obbligazioni o questi diritti sieno comprovati per iscritto; questi medesimi atti sono, nell'ipotesi contraria, sottoposti alla regola generale, giusta la quale la pruova testimoniale è ammessa o rigettata, secondochè l'oggetto del fatto giuridico da assodarsi sia di un valore che non oltrepassi o che ecceda 150 fr.

(1) Così, per esempio; il coltivare, il seminare un fondo e 'l raccorne i frutti, non sono che i fatti puri e semplici, i quali non producono per sè stessi che risultamenti materiali. Nondimeno, queste azioni possono, per ragione delle circostanze nelle quali abbiano avuto luogo, produrre conseguenze giuridiche: per tal guisa, allorchè tali azioni sieno state praticate da una persona diversa dal proprietario, possono dar luogo, sia all'acquisto dei frutti, sia ad una domanda di restituzione di spese di coltura, ovvero costituire gli elementi di un possesso utile per la usucapione.

(2) Non si può supporre nel legislatore l'intenzione di aver voluto sottomettere tutti i fatti di questa natura alla necessità di una comprovazione per iscritto. Sarebbe stata cosa poco ragionevole il farlo; perciocchè soltanto accidentalmente somiglianti fatti, i quali d'altronde riproduconsi in ciascun istante della vita, traggono seco conseguenze giuridiche.

(3) Conf. sul possesso: Vazeille, *Trattato delle prescrizioni*, n. 78; Troplong, *della Prescrizione*, I, 279. Duranton, XIII, 360.

meno se, per eccezione, la legge abbia prescritta, onde farne costare l'esistenza, la compilazione di un atto istrumentario (1).

Nell' applicazione della distinzione precedente ai fatti complessi, i quali si compongono ad un tempo stesso e di elementi giuridici e di elementi materiali, è mestieri, a fin di ammettere o rigettare la pruova testimoniale, attenersi al carattere dei diversi elementi, il cui concorso è necessario per istabilire il fatto complesso che trattisi di pruovare. Quindi si è facile il riconoscere che il possesso, il quale consiste solamente in un fatto puro e semplice, allorchè si pretenda di aver posseduto per sè medesimo, rendesi complicato con un elemento giuridico, allorchè si sostenga di aver posseduto per altri, come per un affittatore, a cagion di esempio. Adunque, la pruova testimoniale di questo elemento giuridico, vale a dire, dell'affitto, non sarà ammessibile (2), mentre i fatti materiali del possesso, come la coltivazione, la semina, e la raccolta dei frutti, saranno incontrastabilmente suscettivi d'essere provati per mezzo di testimoni. Così ancora, in una dimanda di danni ed interessi, fondata sopra una colpa contrattuale, la pruova testimoniale della contravvenzione stessa sarà indefinitamente ammessibile, mentre l' esistenza del contratto, la quale dà a questa contravvenzione il carattere di colpa contrattuale, non potrà essere provata per testimoni, se l'oggetto di tale contratto sia di un valore maggiore di cinquanta ducati.

Da un altro canto, allorchè una persona si prevalga di un dritto o di un vantaggio quale che sia, il quale possa egualmente risultare da un fatto puro e semplice, o da un fatto giuridico, la pruova testimoniale dovrà essere ammessa o rigettata, secondochè questa persona fonderà la sua pretensione sopra un fatto della prima o della seconda specie. Quindi, per esempio, la pruova testimoniale è sempre ammessibile per istabilire che la prescrizione di una servitù di passaggio sia stata interrotta mediante l'esercizio materiale di questa servitù. Ma essa dev'essere rigettata allorchè trattisi di pruovare una interruzione risultante dalla ricognizione del proprietario del fondo serviente (3), ugualmente che

(1) Per tal guisa, le nascite e le morti debbono essere comprovate per iscritto, e non possono, se non per eccezione, essere provate mercè testimoni. — La pruova testimoniale della filiazione non è neppure, in generale, ammessibile: art. 48, 241, 242, 245, 263 e 264.

(2) Importa poco che il prezzo di tutte le annate riunite dell'affitto sia di un valore inferiore a 150 franchi. L'art. 1561 deroga, riguardo a ciò, all'art. 1295.

(3) La ragione di questa differenza consiste in ciò, che la ricognizione delle servitù derivate dal proprietario del fondo serviente formano un atto giuridico, secondochè lo abbiamo fermato più sopra, mentrechè i fatti di passaggio non sono, di loro natura, che fatti puri e semplici, la cui influenza giuridica è soltanto accidentale.

nel caso in cui il pagamento degl'interessi di un credito, o delle annualità di una rendita, sia invocato come fatto interruttivo della prescrizione di questo credito o di questa rendita (1).

2. Per risolvere la quistione se il limite pecuniario, oltre il quale la pruova testimoniale non è più ammessa, si trovi o no oltrepassato, conviene, senza arrestarsi all' ammontare della somma dimandata, prendere unicamente in considerazione il valore dello oggetto che forma la materia del fatto messo in contestazione (2).

Da siffatta regola risulta, da un canto, che la pruova testimoniale dev' essere rigettata, se l'oggetto che forma la materia del fatto giuridico da provarsi sia di un valore maggiore di cinquanta ducati, quand' anche la somma dimandata sia inferiore a questa cifra (3).

Questa prima conseguenza mena alle seguenti soluzioni:

La pruova testimoniale non può essere invocata in appoggio d'una dimanda avente per oggetto una somma minore di cinquanta ducati, allorchè risulti, sia dalle di-

(1) O che un pagamento sia invocato, siccome fatto di liberazione, dal debitore, o che sia invocato, siccome fatto interruttivo della prescrizione, dal creditore, esso non cade meno sotto l'applicazione dell'artic. 1293; perciocchè la ricognizione di una obbligazione costituisce, del pari che la sua estinzione, un fatto giuridico. Delvincourt, 2, 624. Foelix ed Henrion, *delle Rendite prediali*, num. 441. Troplong, *Prescrizione*, I, 280, e II, 622. Riom, 4 maggio 1841, Sir., XLI, 2.334. Douai, 19 gennaio 1842, Sir., XLII, 2, 112. Confr. Toullier, IX, 97; Caen, 20 maggio 1840, Sir., XL, 2, 300. Gand, 31 dicembre 1835, e Brusselles, 19 ottobre 1842, *Giur. di B.*, 1836, 118, e 1842, 467. Un pagamento, invocato come fatto di conferma di una obbligazione infetta di nullità, non potrebbe neppure, in materia eccedente 150 fr., essere provato per testimoni.

(2) Questa regola risulta chiaramente dalla prima parte dell' artic. 1293, la cui compilazione si riferisce al momento della consumazione del fatto giuridico da provarsi, e non già all'epoca del litigio. Appunto per indicare, che nel fissare il limite, al di là del quale la pruova testimoniale non è più ammessa, bisogni attenersi, non all' ammontare della somma dimandata, ma al valore dell' oggetto del contratto o del fatto giuridico, sul quale la domanda sia fondata, il legislatore, invece di procedere per via di proibizione diretta, ha rigettata la pruova testimoniale in un modo indiretto, sottoponendo alla necessità della scrittura i contratti ed i fatti gioridici di un valore maggiore di 150 fr. Questa è, a parer nostro, la sola ragionevole maniera di spiegare la compilazione di siffatta disposizione, ammettendo d'altronde (il che non potrebbe esser posto in contestazione) che la scrittura vi è semplicemente riguardata siccome mezzo di pruova, e non come solennità di forma.

(3) Questo primo corollario della regola stabilita nel testo sembra essere generalmente ammesso. Sarebbe d' altronde cosa assai difficile il porlo in contestazione, a fronte degli art. 1341 e 1343 (1298 e 1297), i quali non ne sono che applicazioni. Toullier, IX, 42 e 46. Bonnier, n. 103. Vedi nondimeno: Duranton, XIII, 306 e 321.

chiarazioni dell' attore, sia dalle deposizioni dei testimoni (1), questa somma essere il residuo o far parte (2) di un credito maggiore di tale cifra (3). Artic. 1289 del Codice civile (4).

(1) Si è voluto sostenere, fondandosi su queste parole dell'art. 1344 (1298): « quando sia dichiarato che tal somma », che nel caso in cui lo attore non abbia indicata la somma da lui domandata come costituente il residuo o come faciente parte di un credito maggiore di 150 franchi, il giudice possa e debba, benchè questo fatto si trovi assodato mercè la pruova testimoniale a cui la reticenza dell'attore abbia dato luogo, prendere per base della sua decisione il risultamento di questa pruova testimoniale. Vedi in questo senso Maleville, sull'artic. 1298, quanto alla lettera dell'art. 1295, sembra oggidì generalmente rigettata. Toullier, IX, 45 e 46. Bonnier, num. 103. Conf. Duranton, XIII, 323.

(2) Per esempio, nel caso in cui il creditore originario trovisi rappresentato da più eredi, trai quali il credito sia stato diviso. *Osservazioni del tribunato*, sull'art. 1298; Locrè, *Legisl.*, t. XII, n. 75. Toullier, IX, 51.

(3) Le espressioni finali dell'articolo 1297: « il quale non è provato per mezzo di scrittura », sembrano assai difficili a spiegarsi, perchè non si comprende guari, come un attore ricorra alla pruova testimoniale, quando il credito, di cui egli dimandi il residuo o una parte, si trovi comprovato per mezzo di scrittura. A nostro avviso, tali espressioni hanno per oggetto il rendere compiuto il significato delle parole che immediatamente le precedono; e la frase: « di un credito maggiore, il quale non è provato per mezzo di scrittura », deesi tradurre così: « di un credito il quale perchè maggiore di 150 fr., avrebbe dovuto essere comprovato per mezzo di scrittura ». Confr. Pothier, *delle Obbligazioni*, num. 790. Vedi nondimeno: Toullier, IX, 47.

(4) Onde porre termine alla interpetrazione di quest'articolo, è cosa importante l'osservare ch'esso è inadattabile al caso in cui il pagamento parziale di un credito maggiore di 150 fr. sia stato accompagnato o seguito da una promessa o da una ricognizione, in virtù della quale il debitore siasi esplicitamente o implicitamente sottoposto a pagare il residuo di questo credito. Il creditore, che dimandasse di provare per testimoni questa promessa o questa ricognizione, dovrebbe evidentemente essere ammesso, se essa versasse sopra una somma minore di 150 franchi. Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 791. Toullier, IX, 46. Duranton, XIII, 321.

* Ecco come Marcadè riassume tutte le quistioni sull'art. in esame.

* Non si può infine provare con testimoni per una somma minore di 150 fr. quando essa è il residuo di una somma maggiore; ed anche qui nonostante la dottrina contraria e falsa di Maleville la domanda dovrebbe rigettarsi anco dopo fatta la pruova, se quella circostanza fosse provata dai testimoni ammessi a deporre perchè ignoravano i giudici che la richiesta somma fosse il residuo di altra eccedente la voluta dalla legge.

* Sarebbe altrimenti, se il creditore offrisse di provare con testimoni, non il debito primo maggiore dei franchi 150 la cui somma ora richiesta è il residuo, ma una promessa posteriore che specialmente riguardava quest'ultima somma. Così allorchè vi ho prestato franchi 300 innanzi a testimoni, e voi me ne avete restituito 160, io non potrei, se voi lo negaste, fare udire (onde avere

Quegli il quale abbia istituita una dimanda eccedente i cinquanta ducati sul fondamento di un fatto giuridico il cui oggetto fosse, secondo la sua allegazione, di un valore maggiore di tal somma, non può più essere ammesso alla pruova testimoniale di questo fatto, neppure riducendo le sue pretensioni al di sotto di cinquanta ducati; tranne nondimeno se egli provi anticipatamente che le conclusioni primitivamente prese non sieno che il risultamento di un errore di fatto (1). Artico-

pagati franchi 140 di resto) i testimonî in faccia a cui avete ricevuto i miei franchi 300; ma se dopo avervi io prestato tale somma con testimonî o senza, mi restituiste *in presenza di testimoni* franchi 160, *e promettestc di pagarmi* in quel tempo gli altri 140, i testimonî potranno essere intesi. Nel primo caso in cui il credito è di 300 franchi, la legge non permette che si odano testimonî; nel secondo invece, non figurando il credito di 300 franchi, sarà necessario udire i testimonî per conoscere se in quel giorno voi vi siete riconosciuto mio debitore di 140 franchi. Che monta in quest' ultimo caso, che una promessa prima di 300 franchi abbia preceduto la nuova di 140, e ne sia stata la causa? Non si dee provare perchè mi avrete promesso 140, ma solo se è vera la promessa; quindi può farsi la pruova con testimonî. Senza fallo, io aveva contraffatto alla legge nel giorno in cui io aveva dato in prestito 300 franchi senza volerne scrittura, nè potrei ora far pruova testimoniale per alcuna parte di essa somma; ma versando la pruova che io intendo fare sopra i 140 franchi, debbono udirsi i testimonî. Il giorno in cui voi eravate mio debitore soltanto di 140 franchi, io ho potuto provare con testimonî il vostro debito come non avrei potuto la prima volta. Così decidono Pothier (numero 756) e Toullier (IX, 46), nè per quanto sappiamo, vi ha alcuna autorità contraria.

* Con più forte ragione sarebbe ammessa la pruova testimoniale se io fossi stato sempre creditore dei fr. 140 che richiedo. Allorchè io vi vendo per franchi 300 un cavallo per il quale voi mi date al momento 160 franchi, riconoscendo innanzi a testimonî dovermi franchi 140, tali testimonî potranno essere intesi; dappoichè si vorrà provare, non già che si è fatta la vendita di un cavallo per il prezzo di 300 franchi (tali circostanze saranno accessorie), ma semplicemente che avete riconosciuto dovermi 140 franchi. Qui non esiste nemmeno la ragione di dubitare che sopra avrebbe potuto opporsi; non si può più dire in senso alcuno, che i franchi 140 sieno il *rimanente* di un credito maggiore, perchè dell'altra porzione di prezzo pagatami quando vi rilasciava il cavallo, non sono stato mai vostro creditore. Ilecci meraviglia come Duranton, che la pensa del pari, abbia però giudicato tal quistione così delicata da discuterne lungamente (XIII-322), e ci ha sorpreso che tai varî punti non sieno stati cennati nel trattato di Bonnier.

(1) Arg. art. 1310, comma 4. La disposizione dell'art. 1297 è fondata sulla presunzione legale che la domanda, benchè ridotta dappoi ad una somma minore di 150 fran., sia in realtà fondata sopra un fatto giuridico di maggior valore, il quale avrebbe dovuto essere comprovato in iscritto, Pothier, *delle Obbligazioni*, num. 789. Ma siccome questa presunzione legale è annessa soltanto alla confessione dell'attore ritenuta nelle sue primitive conclusioni, sic-

lo 1297 (1).

Similmente ancora, la pruova testimoniale non è ammessibile in appoggio di una dimanda avente per oggetto il pagamento degli interessi di una somma mutuata, se questa somma sia maggiore di cinquanta ducati, tutto che l'ammontare degl'interessi dimandati sia inferiore a questa cifra, ed

come la confessione può sempre essere ritrattata per errore di fatto, così questa ritrattazione, facendo disparire il fondamento sul quale è appoggiato l'art. 1297, non permette più d'invocarne l'applicazione: *Cessante legis ratione, cessat lex*. Vedi nondimeno in senso contrario: Toullier. IX. 43. L'opinione di quest'autore non è fondata che sopra un'arbitraria estensione dell'artic. 1306, ch'egli applica non solamente al caso in cui la legge *neghi l'azione in giudizio*, ma ancora al caso in cui ella *rigetti tal genere di pruova*, quantunque non siavi alcuna analogia fra questi due casi.

* Così pure opina Marcadè:

* Allorchè Pietro vi era ed è debitore di 200 franchi, non potreste provarlo con testimoni, nonostante che, dopo intentata la vostra azione per tale somma, restringeste la vostra domanda a 150, secondo ciò che positivamente dice l' art. nostro 1343 (1297). Ma sarebbe altrimenti, che che ne dica Toullier (IX-43), se provaste che il vostro credito è veramente di 150 franchi e che per isbaglio ne chiedeste 200. Il credito che è sempre stato dei soli 150 franchi, non è governato dalle regole dei nostri articoli; un errore di fatto non sarebbe ragione o pretesto per richiederne una scrittura. Ci fa meraviglia come la dottrina di Toullier intorno a questo punto non sia stata manifestata sin oggi da ninno scrittore e nè anco nel trattato speciale di Bonnier.

* Non potreste nè anco provare con testimoni, secondo l'art. 1344 (1298), quantunque avreste richiesto dapprima 150 fr. dei 200 che pretendeste pagati, e avreste chiesto farne la pruova; la somma chiesta *facendo parte* allora di una somma che sorpassa la prescritta, la testimonianza non sarebbe ammessa. Se invece dei 200 franchi dovutivi ne chiedeste 150 senza parlare degli altri 50, o falsamente direste che 150 formano il totale del debito, si dovrebbero in vero udire i testimoni; ma allorchè con la loro deposizione sarà provato che i 150 franchi fan parte di più grossa somma, la pruova sarà inutile, e la vostra domanda respinta, dappoichè chiedereste una parte di una somma maggiore di 150 fr. La contraria dottrina di Maleville, sulla quale ritorneremo, è un errore respinto ben a dritto da tutti gli scrittori.

* La somma richiesta, minore di fr. centocinquanta, potrebbe far parte di una somma maggiore della prescritta, ed essere quindi rifiutata d'altro modo. Potrebbe ella essere la frazione già corsa di un credito, di cui le altre frazioni son passate ai vostri coeredi per la morte del creditore primitivo. Se a modo di esempio, per la morte di vostro padre, voi e i vostri due fratelli avreste un credito di 300 fr., non potreste nemmeno provare con testimoni pei franchi 100 che formano il terzo del credito, nell'istesso modo, che vostro padre non lo poteva per l'intero credito, o per qualunque parte di esso. E soprattutto per tal caso a richiesta del Tribunato si sono aggiunte al nostro articolo 1344 (1298) le parole *o far parte* non esistenti nel progetto (Fenet, tom. XIII, p. 169).

(1) Va bene inteso che quest'articolo è estraneo al caso in cui trat-

il rimborso del capitale non sia richiesto (1).

In fine, fa mestieri ugualmente pronunziarsi pel rigetto della pruova testimoniale nel caso in cui sorga, su di un fatto giuridico il cui oggetto ecceda i cinquanta ducati, una contestazione di un valore minore di tale somma (2).

Dalla regola stabilita nel principio di questo numero risulta, da un altro canto, che la pruova testimoniale è ammessibile, se l'oggetto che forma la materia del fatto giuridico da provarsi sia di un valore minore di cinquanta ducati, quantunque la somma dimandata sia maggiore di questa cifra (3). In tal modo, colui che dimandi, per sua porzione negli

tisi, non della riduzione della primitiva domanda, ma dell'introduzione di una nuova azione distinta dalla precedente, e che sia fondata sopra un fatto giuridico differente. Ric.rig., 19 febbraio 1840, Sir., XL, 1, 534.

(1) Di fatti, in simigliante caso la domanda, benchè inferiore a 150 fr., è fondata sopra un fatto giuridico, il cui oggetto è di un valore che eccede questa cifra. Confr. art. 1296.

(2) Per esempio, se Primo istituisca una domanda di rilascio di un cavallo, che egli alleghi d'aver comprato per 300 fr., e Secondo, non ostante che convenga della vendita, pretenda che essa abbia avuto luogo per 400 fr., la pruova testimoniale non sarà ammessibile, benchè la contestazione che divide le parti sia solamente di un valore di 100 franchi. Duranton, XIII, 318.

(3) Questo secondo corollario della nostra regola può sembrare paradossale, nello stato presente della dottrina, la quale tende in effetti a riconoscere che la pruova testimoniale non sia ammessibile se non in quanto la somma dommandata, ed il valore dell'oggetto formante la materia del fatto giuridico sul quale la domanda sia basata, non oltrepassino, nè l'una nè l'altro, 150 franchi. Dicesi, in appoggio di tale avviso, che queste due condizioni abbiano per oggetto il prevenire i due inconvenienti ai quali può dar luogo l'ammessione della pruova testimoniale, cioè, la subornazione dei testimoni, e la moltiplicazione delle liti; e che per conseguenza il loro concorso sia indispensabile per raggiungere il doppio scopo cui il legislatore ha avuto in mira. Invocansi ancora, nel medesimo senso, le disposizioni degli art. 1296, 1299 e 1300. Conf. Bonnier, num. 106. Ma, a parer nostro, queste considerazioni cadono a fronte delle spiegazioni che noi abbiamo date più sopra. La proibizione della pruova testimoniale non essendo che il risultamento indiretto della disposizione, la quale prescrive doversi stendere atto di tutti i fatti giuridici il cui oggetto sia di un valore maggiore di 150 fr., ne risulta che sarebbe un andare al di là di ciò che siffatta disposizione esige, ove si rigettasse una somigliante pruova, per la sola ragione che la domanda eccedesse 150 franchi, benchè l'oggetto del fatto giuridico, sul quale essa sia basata, fosse di un valore inferiore a questa somma. Il pericolo di subornazione, cui presenta l'ammessione della pruova testimoniale, negli affari di una certa importanza, non potrebbe affievolire la forza di questa argomentazione; perciocchè, malgrado un tale pericolo, la pruova testimoniale è, in virtù dell'art. 1302, indefinitamente ammessibile sempre chè non sia stato possibile a colui che la invochi il procurarsi una pruova scritta. Di fatti, ciò dimostra che la proibizione della pruova testimoniale non è, in ultima analisi, che la sanzione dell'obbligazione legale

utili di una società, una somma eccedente cinquanta ducati, deve essere ammesso a pruovare per mezzo di testimoni l'esistenza di questa società, quando il valore delle rate capitali riunite non oltrepassi siffatta cifra (1).

3. Per determinare in che consista l'oggetto che forma la materia del fatto da provarsi, fa mestieri riguardare questo fatto nelle conseguenze giuridiche che la parte la quale lo alleghi ne voglia dedurre; di modo che la pruova testimoniale dev'essere ammessa o rigettata, secondochè queste conseguenze presentino un interesse che non oltrepassi o che oltrepassi cinquanta ducati. Laonde, per esempio, la pruova testimoniale di un pagamento invocato dal debitore, nel solo fine di stabilire la sua liberazione, è ammessibile, se questo pagamento non ecceda 50 ducati. Ma un pagamento invocato dal creditore, sia come fatto interruttivo della prescrizione di un credito o di una rendita, sia come fatto confermativo d'una obbligazione infetta di nullità, non può, quantunque inferiore a cinquanta ducati, essere provato per mezzo di testimoni, se il credito, la rendita, o l'obbligazione per la cui ricognizione o per la cui conferma egli intenda di giovarsene, fosse maggiore di tale somma (2).

Del resto, per determinare il valore dell'oggetto formante la materia di una convenzione, devesi aver riguardo, non solamente

di provvedersi di una prova letterale, e che quindi questa sanzione dee rimanere senza applicazione allorchè l'obbligazione, alla quale è annessa, venga essa pure a cessare. Del resto, la disposizione dell'artic. 1296 può benissimo conciliarsi col sistema che abbiamo ora sviluppato, come appresso lo dimostreremo; e in quanto agli art. 1299 e 1300, essi sono, siccome ciò verrà fermato, affatto estranei alla quistione di che trattasi in questo momento.

(1) Bravard, *Manuale di diritto commerc.*, Torino, 24 marzo 1807, Sir., VII, 2, 641. Vedi nondimeno: Bonnier, num. 106.

(2) Allorchè un pagamento venga allegato, come fatto di liberazione, dal debitore che pretenda averlo effettuato, costui non intende di far produrre a questo fatto altro effetto giuridico, salvo quello di liberar sè fino alla concorrenza della somma che ne formi l'oggetto; ed allora per conseguente la quistione dell'ammessione o del rigettamento della pruova testimoniale va decisa, avuto riguardo allo ammontare di siffatta somma. Se per contrario il pagamento venga allegato dal creditore come fatto interruttivo della prescrizione di un credito o di una rendita, ovvero come fatto di conferma di una obbligazione infetta di nullità, la quistione di che trattasi non dee andare più risoluta giusta l'importanza del pagamento, ma giusta l'importanza di questo credito, di questa rendita o di questa obbligazione; perciocchè nella sua ricognizione o conferma, e non già nella liberazione del debitore, giace il fatto giuridico da provarsi. Vedi in questo senso le autorità citate nella nota 2ª di questo paragrafo, in appoggio della opinione che trovasi sviluppata. Vedi in senso contrario: Brusselles, 10 dicembre 1812, Sir, XIII, 2, 370; Tolosa, 18 maggio 1831, Sir., XXXI, 2, 302.

alla prestazione principale, ma anche alle prestazioni accessorie che vi si trovino stipulate. Quindi, non può altri essere ammesso alla pruova testimoniale di un mutuo ad interesse, benchè il capitale ne sia minore di cinquanta ducati, se la riunione di questo capitale e degl'interessi dimandati, come scaduti nel momento della introduzione della dimanda (1), dia una cifra superiore a questa somma (2). Art. 1343 (1296) (3). Per la medesima ragione, quando una clausola penale sia stata stipulata per la semplice mora nella esecuzione di una obbligazione, la quistione relativa all'ammissione o al rigettamento della pruova testimoniale va riso-

(1) Tutti gli autori insegnano, con ragione che gl'interessi scaduti dopo l'introduzione della domanda non debbano entrare in computo, Malleville, sull'art. 1296. Delvincourt. II, 624. Favard; *Rep.*, v. Pruova, § 1, n. 10. Duranton, XIII, 319.

(2) Assai fuor di ragione si è cercato di presentare la disposizione dell'art. 1296 come una conseguenza del preteso principio, che la pruova testimoniale non è ammessibile, se non in quanto la somma domandata, ed il valore dell' oggetto che fornil la materia del fatto giuridico da provarsi, non oltrepassino, nè l'una nè l' altro 150 franchi. Ed in vero, è mestieri non perdere di vista che nella ipotesi, di cui si occupa l'articolo dianzi citato, il fatto giuridico da provarsi, ed il quale serve di base alla dimanda, non è già un mutuo puro e semplice, ma un mutuo ad interesse; e che per conseguenza l'oggetto di questo fatto giuridico si compone ad un tempo stesso del capitale mutuato e degl'interessi scaduti nel momento della introduzione della domanda. In questa ipotesi la cosa va altrimenti che nell'ipotesi di cui si è trattato nel testo e nella nota *supra*. Il socio, il quale dimandi la sua porzione degli utili della società, li dimanda per certo in virtù del contratto di società, siccome il creditore dimanda, in virtù del contratto di mutuo, gli interessi del suo capitale; ma havvi questa differenza tra gli utili sociali e gl'interessi di un capitale mutuato, che i primi altro non sono che risultamenti di fatto e puramente accidentali del contratto di società, mentre i secondi sono effetti *giuridici* e necessarii del contratto *di mutuo*. Questi ultimi dunque fanno parte dell'oggetto del contratto d'onde discendono e debbono per conseguenza entrare in computo per la determinazione del valore di tale oggetto; mentrechè, per una ragione contraria, deesi fare astrazione da' primi, i quali non fanno parte dell'oggetto del contratto per effetto di cui siensi ottenuti. Del resto il creditore non è in diritto di dolersi di siffatta soluzione, perciocchè dal momento in cui, per la riunione degli interessi al capitale, siasi giunto alla cifra di 150 fr., egli è stato messo in mora di far comprovare il suo credito per iscritto, o di domandare il rimborso.

(3) Benchè quest' articolo non si occupi letteralmente che della ipotesi in cui la domanda si trovi accompagnata da una domanda di rimborso del capitale, pure non è dubbio che la sua disposizione debba essere estesa *ex mente legis*, al caso in cui gli interessi domandati formino l'unico oggetto della domanda. Sarebbe così anche quando questo interesse ed il capitale si trovassero, riguardandoli isolatamente, tutti e due minori di 150 franchi. Confr. articoli 1295, 1299 e 1300.

luta non altrimenti che avuto riguardo al valore riunito della somma principale e della penale dimandata. Per contrario, l'ammontare dei danni ed interessi, dimandati per motivo della mora frapposta alla esecuzione di una obbligazione, ma non istipulati anticipatamente ed in una somma determinata, non deesi prendere in considerazione nell'esame del punto di sapersi se la pruova testimoniale sia o no ammessibile, avuto riguardo al valore del fatto giuridico da provarsi (1).

Allorchè l'oggetto di un fatto giuridico non consista in una somma di danaro, s'appartiene al giudice il fissarne, previamente, il valore pecuniario, salvo, se egli lo reputi necessario, il chiarirsi mercè una perizia (2).

Questa anticipata estimazione dovrebbe aver luogo anche quando l'attore avesse fissata, mercè le sue conclusioni, la cifra delle sue pretensioni in una somma inferiore a cinquanta ducati, e se l'esattezza del suo estimo fosse messa in contestazione dal convenuto (3). Tale sarebbe il caso in cui una delle parti dimandasse, agendo per la risoluzione di un contratto a cagione di mancanza

(1) Queste due soluzioni non sono per nulla contraddittorie. Ove trattisi di una clausola penale, la quale forma una convenzione accessoria alla convenzione principale, la pruova a farsi versa sopra un fatto giuridico complesso, il cui oggetto si compone ad un tempo stesso e del principale e della pena. Ove trattisi per contrario di danni ed interessi non stipulati anticipatamente, ed in una somma determinata, il fatto giuridico da provarsi non consiste che in una convenzione unica, il cui oggetto solo lassi a prendere in considerazione, per valutarsi se il limite, al di là del quale la pruova testimoniale non è più ammessibile, si trovi o no oltrepassato; perciocchè la mora frapposta dal debitore alla esecuzione della obbligazione, e il pregiudizio che ne sia risultato pel creditore, non costituiscono che fatti puri e semplici, sempre suscettivi di essere provati per testimoni, e non possono, sotto alcun rapporto, essere riguardati come conseguenze giuridiche della convenzione. In somigliante caso di fatti, trovasi nella legge medesima il fondamento giuridico della obbligazione accessoria, in virtù della quale vien dimandato il risarcimento di danni ed interessi. Si può ancora invocare, in appoggio di ciò che è stato detto intorno ai danni ed interessi, il cangiamento di compilazione che la sezione di legislazione del consiglio di Stato fece subire all' artic. 1342 (1296), il quale formava il 233° articolo del titolo *delle Obbligazioni*, nel progetto presentato dalla commissione di compilazione, e 'l quale era così concepito: « La sopraddetta regola si applica al caso in cui l'azione contenga, oltre la domanda del capitale, una domanda di risarcimento di *danni ed interessi*, allorchè i *danni ed interessi*, uniti al capitale, eccedano la somma di 150 franchi ». Duranton, XIII, 359.

(2) Il giudice è perito di dritto. Se egli è sempre autorizzato a ricorrere, onde chiarirsi, ad una perizia, non è obbligato a farlo, se non che nei casi eccezionali in cui la legge gliene impone il dovere. Rauter, *Corso di procedura civile*, § 70. Favard, *Rep.*, v. Pruova, § 1, n. 3.

(3) Arg. artic. 1298 e 1299. Bonnier, n. 102. Vedi nondimeno: Favard, *op. c. e luogo cit.*

di adempimento, danni ed interessi minori di 50 ducati, se l'altra parte pretendesse che, supponendo provata l'esistenza di questo contratto, l'oggetto ne sarebbe di un valore maggiore di questa somma (1).

4. Per impedire la violazione indiretta del divieto della pruova testimoniale in materia eccedente 50 ducati, il legislatore ha creduto di dover rigettare questa pruova anche nel caso in cui una domanda maggiore di questa cifra si componesse, secondo l'allegazione dell'attore, di più capi distinti, fondati sopra fatti giuridici differenti, avvenuti in epoche diverse, e di cui l'oggetto, quanto a ciascuno di essi preso isolatamente, fosse minore di 50 ducati. Il divieto della pruova testimoniale si applica, in simil caso, tanto al complesso di questi fatti giuridici, quanto a ciascuno di essi in particolare (2). Ma esso non si estende ai dritti ed ai crediti i quali, procedendo da persone diverse, sieno stati poscia riuniti sulla stessa testa, a titolo di successione, di donazione, o in ogni altra maniera. Art. 1345 (1299) (3).

Del resto, nell'applicazione del-

(1) Ma se la parte, la quale agisca per la risoluzione di un contratto, domandasse una somma minore di 150 fr., in virtù di una clausola penale, che ella pretendesse essere stata stipulata, per fissare, in una somma determinata ed anticipatamente, i danni ed interessi risultanti dalla inesecuzione di questo contratto, l'altra parte non potrebbe porre in contestazione la cifra della pena per opporsi all'ammessione della pruova testimoniale; perchè con questo stesso ella confesserebbe implicitamente l'esistenza del contratto e della clausola penale, che debbono formare l'oggetto di tale pruova. Questa dunque dovrebb'essere provvisoriamente ammessa, salvo al giudice il non avervi alcuna considerazione, se risultasse dalle deposizioni dei testimoni che la clausola penale aveva per oggetto una somma maggiore di 150 fr.

(2) *Lex non distinguit.* Curasson, *Competenza dei giudici di pace.* Corte di assise del Loiret, 6 novembre 1843, Sir., XLIV, 2, 62.

(3) Quest'articolo, il quale non è, a riserva di qualche piccola diversità, che la riproduzione dell'art. 5, tit. XX, dell'ordinanza del 1667, è stato da parte di Toullier IX. 38 l'oggetto di una critica assai viva, alla quale ci si è lasciato trascinare sol perchè si è allontanato dal punto di veduta nel quale i nostri legislatori, tanto antichi quanto moderni, sonosi collocati compilando la disposizione dianzi citata, la quale non dev'essere riguardata come un'applicazione o una conseguenza del principio consacrato dall'art. 1295, ma come una regola novella stabilita allato a questo principio, per impedirne l'indiretta violazione. Sotto questo punto di veduta, l'art. 1299 può benissimo giustificarsi per diritto e per equità. Ed in vero, tanto sarebbe importato il cancellare dal Codice la proibizione della pruova testimoniale in materia eccedente 150 franchi, quanto l'ammettere questa pruova in appoggio del richiamo di colui che fosse venuto a pretendere, la sua domanda, benchè maggiore di 150 franchi, comporsi di crediti distinti, di cui ciascuno fosse minore di questa somma. Da un altro canto, il legittimo creditore di diversi crediti, di cui ciascuno sia minore di 150 franchi, ma il complesso dei quali sia mag-

l'art. 1299, deesi fare del tutto astrazione dai capi di domanda, dei quali la pruova testimoniale sia per eccezione permessa, o perchè colui che l'invoca siasi trovato nell'impossibilità di procurarsi una pruova letterale, o perchè esista un principio di pruova scritta (1). Poco importa, riguardo a ciò, che i capi di do-

giore di questa somma, deve imputare a sè medesimo il non aversi procurata una pruova letterale, dal momento in cui l'ammontare delle sue pretensioni era per oltrepassare la cifra, al di là della quale la pruova testimoniale non è più ammessa.

(1) Arg. art. 1301 e 1302. L'articolo 5, tit. XX, dell'ordinanza del 1667 diceva così: « Se in una medesima istanza la parte faccia più domande, *di cui non vi abbia pruova o principio di pruova per iscritto* », benchè queste ultime espressioni sieno state surrogate nell'artic. 1299 dalle parole: « delle quali non abbia titolo in iscritto », uopo è ben guardarsi dal conchiuderne, essere stata l'intenzione dei legislatori moderni quella di mostrarsi più severi che i compilatori dell'ordinanza del 1667. Difatti, giusta l'economia delle disposizioni del Codice sulla pruova testimoniale, diveniva inutile il fare nell'art. 1299 una eccezione speciale pei capi di domanda sorretti da un principio di pruova scritta, perchè esisteva in loro favore una eccezione generale, la quale trovavasi consegnata nell'art. 1301. Delvincourt, II, 624 e 625. Duranton, XIII, 324.

* Se non che Marcadè osserva:

* A formare il totale che eccedendo 150 fr. renda impossibile la pruova testimoniale, non si devono contare i crediti, che si possono provare sempre con testimoni. Così non si conteranno: 1. quelli che avendo un principio di pruova per iscritto possono essere provati con testimoni, giusta l'articolo 1347 (1301); 2. quelli che nati quando era impossibile il farsi una scrittura, possono pienamente provarsi con testimoni, secondo l'art. 1348 (1302). Non era necessario che il nostro articolo enunciasse coteste idee, perchè non si sarebbe mai vietata la pruova testimoniale per crediti, i quali, benchè *riuniti* eccedessero i 150 franchi, pure ciascuno benchè *per sè solo* fosse maggiore di quella somma, non fosse governato dal divieto.

* Ma oltre tali restringimenti (che non sono propriamente eccezioni alla regola, perchè essa non li abbraccia) havvi una eccezione nel nostro articolo che riguarda i dritti, i quali benchè non governati nè dall'articolo 1347 (1301) nè dall'artic. 1348 (1302) non potrebbero essere governati senza ingiustizia dalla nostra disposizione, essendo nati presso persone diverse, e riuniti poi in una sola persona per successione o in altro modo. Così se io vi avessi prestato 100 franchi senza scrittura, e altrettanti in ugual modo mio fratello, essendo costui morto senza discendenti nè ascendenti, io sarei vostro creditore di 200 fr., ovvero viceversa se io avessi prestato a voi 100 franchi ed altrettanti a vostro fratello, voi poi diverreste mio debitore di 200 come solo erede del fratello. In questi e in altri simiglianti casi non sono in colpa di non avere scrittura, poichè senza mia volontà si sono riuniti i vari dritti, minore ciascuno di 150 franchi, e riuniti eccedenti quella somma. I due crediti dunque potranno provarsi contro di voi come avrebbero potuto esserlo da mio fratello e da me separatamente, o da me contro di voi e di vostro fratello.

* Ma da tale eccezione pei dritti derivanti da persone diverse, non vuolsi inferire con Toullier (IX-52),

manda, dei quali la pruova testimoniale sia ammessibile per ragione dell'uno o dell'altro dei motivi di ecccezione che abbiamo ora indicati, sieno posteriori o anteriori a quei capi che non si trovino compresi in una di queste categorie eccezionali (1).

che vi sia pure eccezione pei dritti che derivano da una sola persona e che poi si dividono in più. Così quando mio padre che è vostro creditore di 100 franchi per una vendita fatta senza scrittura, ve ne ha prestati altri 100 anche senza scrittura, mio fratello ed io rimasti suoi eredi, non potremmo provar con testimoni, ciascuno pel nostri 100 fr., come mio padre non l'avrebbe potuto pei 200.

* Sotto qualunque aspetto la cosa si riguardi, ci parrà giusta la nostra sentenza e chiaro l'errore di Toullier.

* E dapprima, come mai gli eredi del creditore avrebbero maggiori diritti che lo stesso creditore? Come mai il padre avrebbe morendo trasmesso ai suoi figli una facoltà che egli non aveva? Toullier dice che la pruova testimoniale che non poteva farsi per accidente, stando riuniti in una persona i due crediti, deve permettersi quando i due crediti distinti si separano.

* Due errori in una volta; perchè da una mano i due crediti sono indivisi l'uno e l'altro come prima; i due eredi non hanno l'uno il credito del prestito, e l'altro quello per la vendita; ma ciaschedun di loro ha la metà dei due crediti, per forma che la riunione dei due crediti in unica persona esiste sempre (per la metà di ciascuno) presso ognuno degli eredi, come (per l'intero) presso il defunto. E poichè i due crediti son sempre congiunti, vien meno l'argomento cavato dalla loro pretesa separazione (che solo si può immaginare per dar colore alla eresia di Toullier). D'altra mano, fossero anche i due crediti realmente separati l'uno dall'altro, come se il creditore primo avesse legato, donato o venduto ciascuno di essi a due diverse persone, come mai ciò renderebbe ammessibile la pruova testimoniale? Forse i crediti acquistano maggiore energia passando da uno a più creditori? Forse la condizione di un debitore, reale o preteso, può divenire peggiore perchè il creditore dividerà fra più persone i vari crediti suoi? Quindi per poter provare con testimoni tutti i piccoli crediti eccedenti i 150 fr., sarebbe necessario che tanti cessionarî, veri od apparenti per quanto sono i crediti, ne facessero la domanda!—Per poco che si ponga mente, ben si comprende come l'idea di Toullier è assai contraria a tutto il sistema dei nostri articoli! Perchè mai il nostro art. 1345 (1299) vieta la pruova testimoniale per un interesse di oltre 150 fr. quando pure si dichiarasse provenir la somma da crediti diversi? Perchè la legge teme i falsi testimoni, e non sarebbe più difficile dichiararsi la somma come proveniente da più crediti, che da un solo: per ciò quando mi domandate 300 franchi che io sostengo non dovere (e che forse non devo), voi non potrete provar con testimoni nè i due pretesi debiti di 150 fr. nè un solo di 300. Or come si vorrebbe mai che i due eredi o pretesi cessionarî del mio preteso creditore potessero con falsi testimoni essere ammessi a provare che i 300 fr. provengono da due debiti di 150 fr, per uno?

* L'errore di Toullier, che non è neppure specioso per quanto riguarda gli eredi, (poichè nemmeno esiste per essi la pretesa separazione dei crediti) è pertanto egualmente certo per tutti gli altri successori quali che siano.

(1) Duranton, *luogo cit.*, che ammette senza esitazione la soluzione data nel testo, pel caso in cui il ca-

Come sanzione dell'art. 1299, e per ovviare inoltre all'inconveniente risultante dalla moltiplicità delle liti, il legislatore ha di più ordinato che tutte le dimande, a qualunque sia titolo, che non sa-

po di domanda, del quale il creditore abbia potuto procurarsi una pruova letterale, sia di un' origine anteriore a quello a cui si applichi la disposizione eccezionale dell' articolo 1302, opina che nel caso contrario questa soluzione soffrirebbe qualche difficoltà, se il creditore avesse conosciuta l'esistenza del primo credito nell' epoca in cui il secondo abbia avuto nascimento. In somigliante caso, il creditore poteva, egli è vero, far comprovare per iscritto questo secondo credito. Ma lo doveva forse, sotto pena di vederne rigettare la pruova testimoniale? Noi non lo crediamo; perchè, giusta l'artic. 1302, l'artic. 1299 era inattaccabile al primo credito, ed il secondo credito essendo, come noi *lo* supponiamo, minore di 150 fr., la pruova testimoniale ne era ammessibile in virtù dell'art. 1295.

* Così pure Marcadè confuta Duranton:

* I crediti che son governati dagli articoli 1347 o 1348 (1301 o 1302) (pei quali è inapplicabile il nostro articolo), come pur quelli che provengono da diverse persone (e pei quali l'articolo fa una eccezione) dovranno essere esclusi dal calcolo, precedano o seguano gli altri crediti del medesimo attore. Così allorchè vi domando 200 fr., cioè 100 prestativi, ed altri 100 depositati presso di voi in un incendio (articolo 1348 (1302)), non importa se il deposito abbia preceduto o seguito il prestito, in tutti i casi io potrò ottenere pei miei due crediti la pruova testimoniale.

* Infatti, se il deposito necessario ha preceduto lo imprestito io avrei potuto pretendere da voi una scrittura divenendo vostro creditore di oltre 150 franchi. Ma se *posso* pretenderla, non vi *sono però costretto*; essendochè io posso ben dire che al mio deposito essendo inapplicabile il nostro articolo, doveva quindi esserlo al mio prestito, ed essendomi permessa la pruova testimoniale, io non doveva pretendere da voi un titolo scritto (e farvi pagare inutilmente le spese di un atto notarile se voi non sapete scrivere). La uguale osservazione regge per il caso in cui, prima del prestito, avessi avuto contro di voi uno o più crediti di 100 fr. per uno, provengano per successione o in altro modo da varie persone: poichè la legge fa eccezione alla regola, senza distinguere se siano anteriori o posteriori ai crediti eccettuati, io non ho punto contraffatto alla legge bastandomi la pruova testimoniale. La legge è di certo molto severa in tutti i nostri articoli, nè si possono estendere le sue disposizioni.

* Duranton (XIII-324) applicando un sistema molto strano, e che per mala ventura s'incontra spesso nell' onorevole scrittore, incomincia a *provare*, come noi abbiam fatto, che in tal caso la pruova testimoniale deve ammettersi assolutamente, non ostante che esistano e sieno noti dei crediti a cui non si applica il nostro articolo; di poi senza altro nuovo argomento conchiude esser difficile la quistione, ed *esser lui tratto a credere che i tribunali non ammetterebbero la pruova testimoniale*. Che importa ciò? La è forse una quistione di fatto che debbono valutare i magistrati? No: egli è un punto di dritto; e se è vero, come dice Duranton, che la pruova testimoniale è ammessa dal Codice, una sentenza che la dichiarasse inammessibile violerebbe la legge e dovrebbe esser cassa.

ranno interamente giustificate per mezzo di scrittura, saranno proposte con un medesimo libello, dopo del quale le altre dimande, di cui non vi sarà pruova scritturale, non saranno ammesse. Articolo 1300 (1).

Siffatta regola riceve, almeno

(1) Sembra in sulle prime che quest'articolo, testualmente copiato dall'art. 6, tit. XX, dell'ordinanza del 1667, non debba essere considerato che come una sanzione pura e semplice dell'art. 1299. Ma, movendo da questa idea, dalla quale sembra essersi Zachariae lasciato dominare, diviene impossibile di dare una soddisfacente spiegazione dell'art. 1300, la cui compilazione per contrario si giustifica perfettamente allorchè si ammetta, siccome noi lo abbiamo fatto nel testo, che il legislatore ha avuto ad un tempo stesso in mira il sanzionare l'art. 1200, e l'ovviare all'inconveniente risultante dalla moltiplicità delle liti. Vedi altresì in questo senso: Jousse, sull'art. 6, tit. XX, dell'ordinanza, Bonnier, n. 105. Conf. le tre note seguenti.

* Ed ugualmente ragiona Marcadè:

* Sarebbe stato inutile il divieto della pruova testimoniale per le domande che minore ognuna di 150 fr., riunite sieno maggiori, se il preteso creditore avesse potuto non riunirle e fare ognuna di esse a parte e successivamente. Il precedente articolo vuol che le varie domande si facciano insieme; a non riuscire derisorio, dal nostro articolo si ordina che tutte si facessero con unica istanza.

* L'articolo dunque mira a sanzionare il precedente e a garentirne l'adempimento. Ma non è questo il solo oggetto, nè si potrebbe pienamente spiegare la sua disposizione stando al primo motivo, come a torto fa Demante (II 831). L'articolo si propone anche di restringere per quanto è possibile il numero delle piccole liti.

* Infatti: 1. Si debbono fare insieme e con una medesima istanza non solo le varie domande, che riunite dovranno eccedere 150 fr., ma pur quelle che riunite restano minori. 2. Si debbono anche fare le domande di oltre 150 fr. non solo quelle per le quali è vietata la pruova testimoniale, e che sono governate dal precedente articolo, ma anche quelle per le quali è assolutamente permessa la pruova testimoniale, o per un principio di pruova per iscritto (art. 1347 (1301)), o perchè impossibile di procurarsi un titolo (art. 1302). Difatti, secondo l'articolo, si debbono riunire tutte le domande che non sieno *interamente giustificate per mezzo di scrittura*, aggiungendosi che non potranno riceversi poi quelle domande delle quali non esiste la *pruova scritturale*, e non solo un principio di pruova per iscritto. 3. Da ultimo non si tratta solo dei dritti nati per una persona, ma anche di quelli che provengono da diverse persone, sebbene queste ultime sieno eccettuate dalla disposizione dell'art. 1299: di che non si può aver dubbio, paragonando la disposizione assoluta del nostro articolo alla distinzione scritta nel precedente. In coteste tre idee non si tratta del divieto della pruova testimoniale, e sotto questo triplice aspetto il nostro articolo tende solo a restringere il numero delle liti, a combinare insieme parecchie istanze, e ad ottenere maggiore speditezza negli affari. Se la legge avvesse qui voluto proteggere il principio stanziato dall'articolo 1341 (1295) e garentito dall'articolo 1345 (1299), non avrebbe richiesto che si riunissero le domande che non possono provarsi con testimonî, ed avrebbe escluso dalla regola: 1. I dritti che si fondano so-

in generale, applicazione, senza distinzione tra il caso in cui lo ammontare delle diverse dimande sia maggiore e 'l caso in cui sia minore di 50 ducati (1).

Da un altro canto, ed a differenza della disposizione dell' articolo 1299, quella dell'art. 1300 si estende ancora ai dritti ed ai crediti di cui la pruova testimoniale è per eccezione ammessa dagli artic. 1301 e 1302 (2), ed a quelli che, procedendo da persone diverse, si trovino già riuniti sulla medesima testa nell'epoca dell' introduzione della dimanda (3).

In fine, l'art. 1300 si applica,

pra un principio di pruova per iscritto (articolo 1347 (1301)) o pei quali non si può avere un titolo (art. 1348 (1302)). Tutti quelli che riuniti non eccedono i 150 fr. (art. 1341 e 1345 (1295 e 1299)). 3. Quelli che, riuniti eccedendo 150 fr.nè governati essendo dagli art. 1347 e 1348 (1301 e 1302), possono anche provarsi con testimonii, perchè provengono da diverse persone. Col motivo di Demante si spiega adunque in una sola parte la regola del nostro articolo.

(1) Ciò risulta ad un tempo stesso e dalla lettera dell' art. 1300, il quale è compilato in un modo generico, e dallo spirito con cui è stato concepito. Conf. la nota precedente.

(2) Non si possono ragionevolmente spiegare le espressioni: « che non sieno interamente giustificate per mezzo di scrittura », se non traducendole così : *di cui non esisterà una pruova letterale compiuta* ; e questa interpetrazione mena ad applicare l' art. 1300 anche ai crediti appoggiati sopra un principio di pruova per iscritto. Si oppone, egli è vero, l'art. 1301 dal quale risulta, dicesi, che l'art. 1300 non sia adattabile a questi crediti. Ma, siccome non puossi ammettere che il legislatore siasi contraddetto in due testi i quali si seguono immediatamente, siamo di forza menati ad interpetrare, in un modo distributivo, il primo comma dell'art. 1301, applicandolo esclusivamente agli art. 1295 a 1299. Questa interpetrazione è tanto più plausibile, in quantochè l'art. 1300 non figurava nel progetto presentato dalla commissione di compilazione, ed in quantochè per conseguenza è permesso il supporre che la sezione di legislazione del consiglio di Stato avesse obbligato, inserendolo nel Codice, di fare all'artic. 1301 il cangiamento che questa inserzione doveva produrre. Obiettasi ancora, nel senso della opinione contraria alla nostra interpetrazione, che essa ha l' inconveniente di dare all' art. 1300 (il quale, dicesi, altro non è che la sanzione dell'art. 1299) maggiore estensione di quel che ne abbia quest'ultimo. Ma siffatta obiezione, la quale non ne costituisce una, sotto il punto di veduta in cui ci siamo collocati, trovasi anticipatamente confutata da ciò che abbiamo, detto nella nota precedente. Del resto, dal momento in cui si riconosce che l'eccezione ammessa alla proibizione della prova testimoniale dall' art. 1301 è estranea alla disposizione dell'art. 1300, deesi dire altrettanto della eccezione stabilita dall' art. 1302, Delvincourt, II. 624 a 625. Duranton, XIII, 327. Bonnier, n. 105.

(3) Di fatti, l'art. 1300, ben lungi dal ripetere, in ordine a questi diritti e crediti, l' eccezione che trovasi nell'art. 1299, dice per contrario, che tutte le dimande « da qualunque causa procedano, che non sieno giustificate per mezzo di scrittura » saranno proposte con un medesimo libello. Duranton. *luogo cit.* Bonnier n. 105.

parimente che l'art. 1299, ai diritti ed ai crediti non ancora esigibili (1), in questo senso almeno, che l'attore è tenuto ad indicare, nel libello contenente la dimanda dei crediti attualmente esigibili, l'ammontare di quelli i quali, a cagione della loro inesigibilità attuale, egli si riserbi di dimandare in appresso; e che il giudice dee prendere in considerazione il valore riunito degli uni e degli altri, per risolvere la quistione di sapersi se la pruova testimoniale sia o no ammessibile (2).

Del rimanente, l'art. 1300 non può essere esteso ai dritti ed ai crediti i quali, secondo l'allegazione dell'attore, sieno nati sol dopo della introduzione della sua prima dimanda, ed i quali per conseguenza egli siasi trovato nella impossibilità di comprendervi e d'indicarvi (3).

La sanzione dell'art. 1300 non

(1) Nondimeno, l'opinione contraria è generalmente insegnata. Vedi: Toullier, IX, 50; Favard, *Rep.* v. Pruova, § 1. n. 14; Duranton, *luogo cit.* Bonnier, n. 105; Zachariae, § 682. Toullier riassume le ragioni sulle quali fondasi questa opinione, dicendo che l'attore non possa nè aggiugnere alla sua prima domanda quella di un credito che non sia esigibile, nè essere forzato ad aspettare la scadenza del secondo credito per domandare il primo, che è esigibile. Risponderemo, che se l'attore non può eseguire alla lettera la disposizione dell'art. 1300, *proponendo la domanda* di un credito non esigibile, ei può almeno conformarsi al suo spirito indicando lo ammontare di questo credito nel suo libello; e noi non vediamo alcun ragionevole motivo per dispensarlo dall'agire così. Il creditore di più somme, il cui complesso ecceda 150 fr. è, giusta lo spirito che ha proceduto alla compilazione dell'art. 1299, tenuto a procurarsi una prova letterale dell'eccesso, sotto pena di veder rigettare la pruova testimoniale pel tutto, e non comprenderebbesi come la circostanza puramente accessoria ed accidentale della inesigibilità attuale dell'uno o dell'altro di questi crediti possa avere per risultamento il sottrarlo a questa obbligazione; ammesso che sia tal punto, l'opinione profferita nel prosieguo del testo trovasi, per questa medesima ragione, giustificata. Del rimanente, Duranton e Favard convengono ancor essi che il creditore agirà prudentemente per evitare ulteriori difficoltà, facendo le sue riserve quanto ai crediti non esigibili.

(2) Ma se l'ammontare dei crediti esigibili ed inesigibili fosse minore di 150 fr. non si potrebbe, nel caso medesimo in cui questi ultimi non fossero stati indicati nella domanda primitiva, fare applicazione della penalità civile pronunziata dall'art. 1300, alla ulteriore dimanda di cui essi formassero l'oggetto, perciocchè, da un canto, l'indicazione di questi crediti nella prima domanda non avrebbe avuto il risultamento di evitare la seconda, e, da un altro canto, l'omissione di questa indicazione non aveva per oggetto il contravvenire alle disposizioni legali relative alla proibizione della pruova testimoniale, in materia eccedente 150 fr.

(3) Che la disposizione dell'articolo 1300 sia estranea a' diritti ed ai crediti non ancora esistenti nel tempo della introduzione della prima domanda, non potrebbe formare oggetto di dubbio. La difficoltà non istà in questo: essa consiste in sa-

consiste soltanto nel rigettamento della pruova testimoniale invocata in appoggio delle dimande non giustificate per iscritto che venissero intentate, ma nella non ammessibilità di queste dimande stesse (1). Tale decadenza può e dev'essere, presentandosene il caso, pronunziata di uffizio dal giudice (2).

5. Dal principio fermato nel cominciamento di questo paragrafo risulta implicitamente, che la pruova testimoniale è, in generale, ammessibile, anche in ordine a fatti giuridici, allorchè l'oggetto che ne forma la materia sia d'un valore che non sorpassi cinquanta ducati.

Questa regola è nondimeno sottoposta ad eccezioni o modificazioni di diversa natura (3).

pere se debbasi o no ammettere, in riguardo a ciò, l'allegazione non giustificata nell'attore. La soluzione affermativa che noi abbiamo data nel testo, è fondata sul riflesso, che non ispetta a quest'ultimo il provare la mancanza delle cause, la cui esistenza si opporrebbe, sia all'ammessibilità della sua domanda, sia all'ammessibilità della pruova testimoniale. Adunque la nuova dimanda avente per oggetto diritti e crediti, i quali, giusta l'allegazione dell'attore, debbono essere posteriori alla introduzione della precedente domanda, sarà da riceversi e la pruova testimoniale ne sarà ammessibile, salvo al giudice lo averci quel riguardo che sia di ragione, secondo le circostanze, e salvo ancora l'ulteriore applicazione della decadenza stabilita dall'art. 1300, se risultasse dalla pruova testimoniale una contravvenzione alle disposizioni di tale articolo. Vedi nondimeno: Delvincourt, II., 625. Confr. Duranton, XIII, 327.

(1) Contrariamente a questa maniera di vedere, Toullier (IX, 49) e Duranton (XIII, 328) insegnano, che la disposizione finale dell'art. 1300 non abbia altro oggetto che quello di rigettare la pruova testimoniale che fosse invocata in appoggio delle nuove domande, e non già di stabilire una decadenza contro queste domande medesime; e che per conseguenza l'attore sia autorizzato a far uso della risorsa del giuramento. Ma, basta leggere l'art. 1300, e riportarsi al doppio motivo che ne ha dettata la disposizione, per convincersi che questa interpetrazione è contraria tanto al testo quanto allo spirito della legge.

(2) Nella supposizione che il convenuto non proponga la decadenza risultante dall'articolo 1300, avverrà senza dubbio di rado che il giudice consegua, in un modo regolare, una conoscenza sufficiente del fatto sul quale sia fondata questa decadenza, per pronunziarla di ufficio. Ma avvenendo tal caso, se, per esempio, questo fatto fosse allegato dal convenuto e riconosciuto dall'attore, il giudice potrebbe e dovrebbe rigettare di uffizio la domanda, perchè qui trattasi di una materia di ordine pubblico, e l'ingiunzione è indiritta al giudice personalmente. Noi siamo anche su questo punto in disaccordo con Duranton, XIII 328 e con Zachariae § 681. Ma la dottrina del primo di questi autori rannodasi a quella che abbiamo di già confutata nella nota 4ª del § 660, e quanto al secondo, ci sembra non sia egli conseguente con sè medesimo, allorchè rigetta l'opinione che noi qui emettiamo, dopo di aver adottata quella che abbiamo difesa nella nota e nel paragrafo precedentemente citati.

(3) Non menzioneremo, trai casi

La prima risulta dalle disposizioni dell'art. 1299, già spiegate sotto il numero precedente.

Un' altra eccezione è stabilita dalla seconda disposizione del primo comma dell'artic. 1295. che verrà sviluppata nel paragrafo seguente

La terza eccezione si riferisce ai diversi contratti di cui la pruova testimoniale è vietata in un modo indefinito. vale a dire qualunque sia il valore dell'oggetto che ne formi la materia. Questo è quanto ha luogo principalmente in materia di locazione. di transazione e di anticresi (1).

La quarta eccezione, in fine, si applica ai fatti ed agli avvenimenti concernenti lo stato civile e la filiazione. Questi fatti e questi avvenimenti non possono, in generale, essere provati per testimoni. Essi non sono per eccezione suscettivi di esserlo, salvochè nelle ipotesi e sotto le condizioni indicate nella teoria degli atti dello stato civile, ed in quella della filiazione.

Secondo principio.

Allorchè un fatto giuridico sia stato comprovato mercè un atto autentico o privato, non è ammessa alcuna pruova per testimonii contro ed oltre il tenore di tale atto, nè sopra quanto venisse allegato di essere stato detto prima, contemporaneamente o posteriormente alla sua compilazione. ancorchè l'oggetto di questo fatto giuridico fosse di un valore inferiore a 50 ducati (2). Artic. 1295 (3).

Da questo principio segue che

di eccezione, quelli in cui la legge non lascia alle parti la scelta dei mezzi col soccorso de' quali una pruova debba essere somministrata del tale o del tale altro mezzo di pruova. La proibizione, in somigliante caso, non è peculiare alla pruova testimoniale; ma si applica, in un modo generale, a tutti i mezzi di pruova diversi da quello di che la legge esiga la produzione.

(1) Conf. art. 1561 e 1562; 1916 comma 2; art. 1955, comma 1.

(2) Il principio stabilito nella disposizione finale dell'art. 1295 risale al diritto romano: *Contra scriptum testimonium. non scriptum testimonium haud profertur*. L. 1, C. *de Test.* 4, 20. Questo principio, rigettato dall'antica pratica francese, nella quale aveva prevalso la regola: *I testimoni sorpassano le scritture*, venne di bel nuovo proclamato dall'ordinanza di Moulins, e da allora in poi, nella Francia: *Le scritture sorpassano i testimoni*. La saviezza di quest'ultima massima non potrebbe essere posta in dubbio; perciocchè il semplice buon senso e la più comune esperienza insegnano, che gli atti istrumentarii, compilati con lo scopo di conservare la memoria di fatti giuridici, e di precisarne le circostanze ed i modi, debbono meritare maggior confidenza che i testimoni, le cui ricordanze possono essere infedeli o confuse.

(3) Due proibizioni ben distinte risultano dalla disposizione finale dell'art. 1295; la compilazione non presenta alcuna ambiguità. Giusta la prima. non siamo ammessi a provare per testimoni l'esistenza di inesattezze o di omissioni, le quali, sia per un errore involontario, sia con un colpevole disegno da canto di una delle parti, sia per effetto di una simulazione concertata tra esse, avessero avuto luogo nel momento della compilazione di un atto istru-

la pruova testimoniale non può essere ammessa quando versi sopra un fatto che trovisi in contraddizione con le enunciative di un atto autentico o privato, supponendo per altro che queste enunciative sieno del genere di quelle di cui l'atto faccia di per sè medesimo compiutamente fede (1).

Segue del pari da siffatto principio, che la pruova testimoniale dev'essere rigettata in quanto avesse per oggetto pretese modificazioni verbali ad una convenzione comprovata mercè un atto autentico o privato; e ciò quando ancora venisse allegato, essere queste modifiche posteriori a tale atto, e non aver avuto luogo che molto tempo dopo la sua stipulazione (2).

Bisogna considerare come modificazioni non suscettive di essere provate per testimonii, tutti i cangiamenti o le aggiunzioni il cui risultamento sarebbe quello di aumentare o di diminuire, di estendere o di restringere i dritti e le obbligazioni delle parti, secondochè questi dritti ed obbligazioni sieno stabiliti dall' atto istrumentario compilato per la comprovazione del fatto giuridico da cui discendano. Tale sarebbe l'aggiunzione o di un termine ad una obbligazione che l'atto istrumentario, il quale la comprovi, presenti come pura e semplice. Tale sarebbe ancora l'indicazione di un luogo per lo pagamento, quando l'atto con cui il credito si trovi stabilito non ne fissi alcuno, o ne determini uno diverso. Tale sarebbe infine una stipulazione d'interessi, che il creditore pretendesse di essere avvenuta all'occasione di un mutuo, e che lo comprovi (3).

Il principio stabilito nel cominciar di questo paragrafo non forma ostacolo alla ammessibilità della pruova testimoniale di fatti, che quantunque si trovassero in un rapporto più o meno diretto coi fatti riportati in un atto istrumentario. Giusta la seconda non è permesso di provare per testimoni l'esistenza di modificazioni che fossero state verbalmente apportate ad una convenzione comprovata da un atto istrumentario. Queste due proibizioni vanno giustificate facilmente. Da un canto, gli atti istrumentarii non presenterebbero che una ristretta utilità, e non soddisferebbero al doppio scopo col quale è a presumersi che sieno stati compilati, se potesse essere permesso lo impugnarne la sincerità per mezzo di semplici testimonianze, o il provocare per testimoni le modificazioni verbali che si pretendesse essere state apportate dappoi a' fatti giuridici, cui essi atti istrumentarii abbiano avuto l'oggetto di comprovare. Da un altro canto, parole scambiatesi prima, contemporaneamente o dopo la compilazione di un atto istrumentario, debbono appunto perchè non sieno state ridotte in iscritto, essere considerate come rimaste nello stato di proposizioni non gradite, o di progetti non diffinitivamente accettati.

(1) Conf. art. 1273, 1274 e 1276.

(2) Ric. rig. 10 maggio 1842, Sir. XLII, 1, 797.

(3) Conf. Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 794 e 795, Duranton, XIII, 331 e 336, Favard, *Rep.* v. Pruova, § 1, n. 1.

lario, e sui quali sieno anche destinati ad esercitare un'influenza qualunque, non sieno però in contraddizione colle enunciative di quest'atto, e non costituiscano neppure delle aggiunzioni o dei cangiamenti al suo tenore. Tali sono i fatti di esecuzione di una obbligazione, e gli atti con cui il creditore rinuncii al suo dritto, senza costituzione di un novello credito a suo vantaggio (1). Quindi, la soddisfazione di un debito comprovato mediante scrittura può essere provata per testimonii (2), purchè d'altronde la pruova testimoniale non ne sia vietata in virtù del principio stabilito nel paragrafo precedente, vale a dire, purchè il pagamento allegato non sorpassi 50 ducati (3). Avviene del pari lo stesso nel caso di re-

(1) Altra cosa è la restrizione convenzionale di una obbligazione, ed altra cosa la sua estinzione. Quegli il quale domandi di provare per testimoni l'estinzione di una obbligazione, comprovata mercè un atto autentico o mercè un atto privato, non contraddice in alcuna guisa alle enunciazioni di quest'atto; ei nulla vi aggiugne e nulla ne toglie; ma ritiene l'obbligazione tale quale risulta dall'atto istrumentario, che la stabilisce. Quindi è che il principio enunciato nel cominciamento di questo paragrafo non si oppone all'ammessione della prova testimoniale.

(2) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 799. Delvincourt, II, 623 Duranton, XIII, 334. Bonnier, n. 92. Vedi in senso contrario; Merlin, *Rep.* v. Pruova, sez. II, § 3, art. 1, n. 20. Favard, *Rep.* v. Pruova, § 1, n. 7. Ci limiteremo a riuviare, per la confutazione della opinione di questi autori, alle spiegazioni date nella nota precedente. Aggiugneremo soltanto che gli arresti della corte di cassazione, invocati da Favard in appoggio del suo sentimento sono interamente estranei alla nostra quistione. Nella specie, sulla quale statul il primo di tali arresti (civ. cass. 27 gennaio 1812, Sir., XII, 1, 184), trattavasi di un affitto il quale era stato fatto con iscrittura, per una durata di sei anni, e 'l quale pretendevasi di essere stato verbalmente stornato prima di spirare questo termine. Or con ragione la corte di cassazione dichiarò che la pruova testimoniale di questo preteso storno verbale era inammessibile, perciocchè siffatta pruova tendeva a stabilire una modificazione apportata alle condizioni sotto di cui l'affitto era stato concluso. Il secondo di tali arresti (civ. cass. 12 marzo 1816, Sir., XVI, 1, 167), il quale decise, che, in materia di affitto anche verbale, un congedo verbale, non seguito da alcuna esecuzione, non possa esser provato mercè testimoni, per quanto modica sia la pigione, è fondato sopra un argomento di analogia tratta dall'art. 1561 e non è stato pronunziato per applicazione del principio stabilito nella disposizione finale dell'art. 1295; principio di cui non potevasi evidentemente trattare in una specie in cui l'affitto, il quale pretendevasi essere stato stornato mercè un congedo verbale, non era ancor esso che verbale.

(3) Merlin, *Rep., op. e v. luogo cit.* Civ. cas., 5 febbraio 1812, Sir., XII, 1, 228. Del rimanente, la pruova testimoniale, sarebbe del pari ammissibile, benchè il pagamento, inferiore a 150 fr., fosse stato fatto a conto o a saldo di un debito maggiore di tale somma: l'art. 1268 non potrebbe essere esteso a questa ipotesi: e l'art. 1299 non diverrebbe ad essa adattabile, se non in quanto il

missione di debito (1).

Questo principio non è neppure di ostacolo che sia per interpetrare le clausole oscure o ambigue d'un atto istrumentario (2), sia per fissare il valore e l'estensione delle enunciative più o meno vaghe che racchiuda, sia infine per determinare, tra le parti, il momento preciso in cui sia stato stipulato, si ricorra alla pruova testimoniale di fatti suscettivi d'altronde di essere provati per testimoni. Quindi sopra tutto, la pruova testimoniale è ammessibile per istabilire che una tenuta formante l'oggetto di una vendita o di una donazione, e designata in un modo collettivo nell' atto istrumentario il quale comprovi la vendita o la donazione, cioè, senza indicazione speciale e nominativa delle diverse particelle di cui essa tenuta si componga, abbia sempre compresa la tale o la tale altra porzione di terreno (3). Quindi ancora, è permesso di provare per testimoni che di due atti di procedura o stragiudiziali, i quali due parti si abbiano rispettivamente intimati nello stesso giorno, senza indicazione dell' ora, l' uno sia anteriore all' altro (4). Infine l' una delle parti, che figuri in un atto privato mancante di data, è ugualmente ammessa a provare per testimoni, contro l'altra parte, che quest'atto sia stato fatto sotto la tale data (5).

debitore volesse provare per testimoni più pagamenti, la cui riunione formasse una summa maggiore di 150 franchi. Conf. Ric. rig. 12 giugno 1810, Sir., X, 1, 318, e le osservazioni di Sirey in prosieguo di quest'arresto.

(1) Duranton, XII, 360, XIII, 335. Conf. art. 1307.

(2) Di già abbiamo avuta occasione di fermare, che, per la interpetrazione di un testamento, si possono senza sconoscere la fede che gli è dovuta, ed altresì senza violare il principio che una disposizione di ultima volontà non è efficace se non in quanto sia stata manifestata nella forma legale de' testamenti, provare per testimoni i fatti di natura tale da spiegare le intenzioni del defunto. A maggior ragione si può, per la interpetrazione di un atto non solenne, ricorrere alla pruova testimoniale, senza contrariare al principio che forma l'oggetto di questo paragrafo. Provando per testimonii i fatti, proprii a chiarire le intenzioni probabili dell' autore o degli autori di un atto, non si fa uso della prova testimoniale nè per contraddire il tenore di quest'atto, nè per aggiungervi o cangiarvi qualche cosa.

(3) Civ. cass., 23 gennaio 1837, Sir., XXXVII, 1, 110, Civ. rig. 21 gennaio 1837, Sir., XXXVII, 1, 522.

(4) Merlin, *Rep.* v. Pruova, sez. II, § 3, art. 1, n. 19. Favard, *Rep.* v. Pruova § 1, n. 7. Ric. rig., 15 luglio 1818, Sir., XIX, 1, 25. Civ. rig., 18, agosto 1840, Sir., XL, 785. Provare la data di un atto mercè elementi attinti al di fuori di quest'atto, non è già provare oltre o contro il suo contenuto. Di fatti, la pruova non tende punto, in somigliante caso, ad introdurre nello atto una nuova disposizione, ma solamente a stabilire una delle circostanze nelle quali esso sia stato stipulato.

(5) Toullier, IX, 224 a 226. Se noi restringiamo le proposizioni enunciate nel testo alle contestazioni che si elevino tra le parti, egli è perchè riguardo a' terzi un atto pri-

686 b. Delle eccezioni a cui soggiacciono i principii stabiliti nei paragrafi precedenti.—Nozione generale intorno a queste eccezioni.

1. Le restrizioni apportate in materia civile all'ammissione della pruova testimoniale, non sono adattabili in materia commerciale (1). Articolo 1295, comma 2, comb. Codice di commercio, articolo 53 e 108.

Laonde, da un canto, la pruova testimoniale è, in generale, ammessibile in materia di commercio, anche quando l'oggetto del fatto giuridico da provarsi sia di un valore maggiore di cinquanta ducati (2).

Quindi, da un altro canto, in materia di commercio, le enunciative di un atto istrumentario possono, in generale, esser combattute, come infedeli o incompiute, per mezzo della pruova testimoniale (3): e questa pruova è

vato, datato o non datato, non può acquistare data certa, se non mercè una delle circostanze indicate nello art. 1282.

* (1) Confr. su questa materia, l'art. 638 ll. di eccez., che racchiüde una disposizione novella del nostro legislatore: ecco i termini in cui esso è concepito: « I giudici di commercio non potranno ammettere la pruova per via di testimoni, se non nei casi espressi nelle *leggi civili* ed in quelli specificati nelle presenti *leggi* ».

(2) Gli art. 108 e 58 LL. di eccez. relativi, il primo alle compre e vendite, il secondo alle società in partecipazione, essendo i soli che autorizzino espressamente la pruova testimoniale, potrebbesi essere indotto a concluderne, per argomento *a contrario*, che questa pruova non sia ammessa in altre materie. Ma, questo argomento sarebbe fallace. Siccome le compre e vendite formano, per dir così, il tipo di tutte le negoziazioni commerciali, così devesi, giusta lo spirito della legge, applicare agli atti di commercio in generale la disposizione dell'articolo 108. E se nell'art. 58 il legislatore ha creduto di dover riprodurre la medesima disposizione in proposito delle società commerciali in partecipazione, egli non lo ha fatto già a titolo di eccezione e nella supposizione della esistenza di una regola generale contraria, ma unicamente per impedire che, per una fallace applicazione degli art. 32, 53 e 33, non si estendessero alla prova delle società commerciali in partecipazione disposizioni eccezionali, le quali dovevano riguardare soltanto le società commerciali propriamente dette. Del resto, la dottrina e la giureprudenza sono di accordo nel proclamare siccome costante la regola enunciata nel testo. Favard, *Rep.* v. Prova, § 1, n. 9. Delvincourt, II, par. 1. a 196 Toullier, IX, 230 a 232. Duranton, XIII, 340 e 341. Pardessus, *Corso di diritto commerciale*, II, 262 e 263. Bravard, *Manuale del dritto commerciale*, cap. VII. Bonnier, n. 112. Ric. rig., 1 agosto 1810, Sir., XIII, 1, 453. Ric. rig., 11 novembre 1813, Sir., XV, 1, 197. Bordeaux, 15 marzo 1825, Sir., XXV, 2, 289. Civ. rig. 14 febbraio 1827, Sir., XXVIII, 1, 233. Ric. rig., 26 maggio 1829, Sir. XXIX, 1, 218. Brusselles, cass., 12 febbraio 1822, e 13 marzo 1828, *Pasicrisia*, sotto queste date; Liege, 22 gennaio 1836, *Giur. del B.* 1836.

(3) Va bene inteso, che, onde poter combattere, per mezzo della pruova testimoniale, le enunciative di un atto autentico, fa d' uopo iscri-

altresì generalmente ammessa per istabilire l'esistenza di modificazioni che fossero state verbalmente apportate ad un simile atto (1).

Nondimeno, le due precedenti proposizioni non debbono essere ammesso, che salve le eccezioni stabilite da disposizioni peculiari, e soprattutto dagli art. 32, 53 e 33, 201, 263, comma 1, 301, comma 1, e 322, comma 1, Codice di commercio (2).

versi in falso contro quest'atto allorchè tali enunciative versino sopra fatti di cui esso faccia fede sino alla iscrizione in falso. Conf. art. 1273.

(1) Si è elevata su questo punto una controversia molto più seria che sul precedente. Ecco le ragioni che ci menano ad opinare, essere la seconda parte dell'art. 1295, al pari della prima, estranea alle materie commerciali. La disposizione finale di quest'articolo, che dice: « Tutto ciò non deroga a quello che è prescritto nelle leggi di eccezione per gli affari di commercio », è compilata in guisa da riservare la pruova testimoniale, in materia di commercio, per le due ipotesi precedentemente prevedute. Questa doppia riserva indica, che secondo l' idea dei compilatori dell'art. 1295, le regole commerciali in vigore nel tempo della promulgazione del Codice ammettevano la pruova testimoniale, non solamente qualunque si fosse il valore dell' oggetto formante la materia del fatto da provarsi, ma ancora contro ed oltre il contenuto negli atti: e tale si era effettivamente l'antico uso del commercio, secondochè lo attesta Merlin, *Quist.*, v. Ultima istanza, § 18, n. 1. Ciò posto ci sembra, che se i compilatori del Codice di commercio non avessero voluto ammettere la pruova testimoniale in un modo così esteso, come lo era dapprima, non avrebbero mancato di esprimere il loro pensamento nell'art. 108, ed in vece di dire semplicemente: « Le compre e vendite si provano colla pruova testimoniale», avrebbero soggiunto: *senza che giammai questa pruova possa essere ammessa contro ed oltre il contenuto negli atti.* Ciò che dimostra che eglino lo avrebbero fatto, si è lo aver essi adoperata questa precauzione per gli atti di società, nell'art. 33, del quale è cosa impossibile il dare una spiegazione ragionevole, senza ravvisarvi una eccezione. Supponiamo di fatti, che, contrariamente alla nostra opinione, il diritto comune si opponga, in materia commerciale, all'ammessione della pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto negli atti: allora la disposizione dell'articolo dianzi citato non avrà più oggetto, o diverrà affatto inutile. Or questa conclusione non essendo ammessibile, la supposizione d'ond'essa discende non lo è neppure, e siamo in conclusione forzati a riconoscere che l'art. 33 non costituisce altro che una eccezione, la quale suppone una regola generale a cui deroga. Toullier, IX, 233. Bravard, *op. e luogo cit.* Ric. rig., 10 giugno 1835, Sir., XXXV, 1, 682. Ric. rig. 11 giugno 1835, Sir., XXXX, 1, 623. Ric. rig., 6 aprile 1841, Sir., XLI, 1, 709. Confr. Ric. rig., 15 giugno 1829, Sir., XXIX, 1, 311. Vedi in senso contrario. Bonnier, n. 93; Parigi, 11 luglio 1812, Sir., XIII, 2, 25; Parigi, 15 marzo 1828, Sir., XXVIII, 2, 156; Angers, 4 giugno 1829, Sir., XXX, 2, 302.

(2) L'esame delle difficoltà, alle quali possono dar luogo questi articoli, non entrando nel piano di quest'opera, noi rimanderemo a' commentatori del Codice di commercio per la soluzione delle quistioni seguenti: 1°. I contratti di società, ed

Del resto, i tribunali di commercio godono del più esteso potere discrezionale per ammettere o rigettare una pruova testimoniale, la quale fosse d'altronde legalmente ammessibile; con questa distinzione nondimeno, che, quando tale pruova sia autorizzata dai principii del diritto civile, eglino non possono rigettarla se non per motivo della non pertinenza o dell'inverosimiglianza dei fatti che ne formino l'oggetto; mentrechè, se essa sia ammessa soltanto dalle regole speciali della legislazione commerciale, eglino hanno la facoltà di rigettarla, anche quando versasse sopra fatti pertinenti e verisimili, se d'altronde reputino che le circostanze, la cui estimazione è interamente abbandonata alla loro coscienza, si oppongano alla sua ammissione (1).

2. e 3. Il doppio principio stabilito dal primo comma dell'ar-

altri, per la comprovazione de' quali il Codice di commercio prescrive la compilazione di un atto istrumentario possono forse essere provati per testimoni, allorchè l'oggetto ne sia di un valore inferiore o uguale a 150 franchi? 2°. La pruova testimoniale de' medesimi contratti è forse ammessibile allorchè esista un principio di pruova scritta?

(1) Le espressioni finali degli artic. 58 e 109 del Codice di commercio: « se il tribunale giudica che possa questa essere ammessa; nei casi in cui il tribunale crederà di doverla ammettere », ci sembrano indicare, che, sotto il rapporto dell'ammessione « del rigettamento della pruova testimoniale, il giudice goda, in materia di commercio, di un potere discrezionale più esteso che in materia civile. Di fatti, il giudice essendo, per diritto comune, supremo estimatore della pertinenza e della verosimiglianza de' fatti di cui la pruova venga offerta, ha per questa medesima ragione la facoltà di rigettarla, se stimi che essa versi sopra fatti non pertinenti o inverosimili. Conf. Codice di procedura, artic. 348. Da ciò risulta, che se il legislatore non avesse voluto accordare ai tribunali di commercio altro potere salvochè quello di cui abbiamo ora parlato, le citate espressioni degli art. 58 e 109 del *Codice di commercio* sarebbero senza oggetto. Adunque, la sola maniera da dar loro un significato è quella di ammettere, come noi lo abbiamo fatto, che il giudice può, in materia commerciale, rigettare, secondo le circostanze, la pruova di fatti anche pertinenti e verosimili. Le spiegazioni degli oratori del governo e del tribunato provano d'altronde, tale essere effettivamente l'idea che queste espressioni hanno avuto lo scopo di enunciare. *Esposizione dei motivi*, di Regnaud, e *Discorso* di Jard Panvillier, Locré, *Legisl.* t. XVII. n. 14, n. 10. Nondimeno, questa estensione di potere non essendo che il correttivo della estensione data, in materia di commercio, all'ammessibilità della pruova testimoniale, sembraci evidentemente, che dal momento in cui si rientri nel diritto comune sotto il rapporto dell'ammessibilità di questa pruova, vi si debba ugualmente rientrare per quanto concerne il potere del giudice, e che quindi, a cagione di esempio, i tribunali di commercio non potrebbero rigettare la pruova testimoniale di un fatto giuridico, d'altronde pertinente, se l'oggetto di questo fatto fosse di un valore inferiore o uguale a 150 franchi.

ticolo 1295 riceve eccezione; in altri termini, la pruova testimoniale è ammessibile, tanto al di sopra di 50 ducati, quanto contro ed oltre il contenuto negli atti:

Allorchè esista un principio di pruova scritta: art. 1301;

Allorchè sia stato impossibile a colui che invochi la pruova testimoniale, o il procurarsi una pruova letterale, o il prevenire la perdita di quella che egli avea procurata. Art. 1302.

Queste due eccezioni verranno sviluppate nei §§ seguenti.

Quanto all'influenza che le due circostanze indicate negli articoli 1301 e 1302 possono esercitare nelle ipotesi in cui la pruova testimoniale, la quale sarebbe ammessibile giusta l'artic. 1295, sia vietata da disposizioni speciali, essa si riassume nei seguenti punti, per lo sviluppo dei quali ci limiteremo a rinviare ai diversi paragrafi, in cui tali punti sono stati trattati.

1) I dritti ed i crediti, di cui la pruova testimoniale è ammessibile in virtù degli art. 1301 e 1302, non entrano in calcolo per l'applicazione della regola stabilita dall'art. 1299 (1).

2) I contratti, di cui la pruova testimoniale è vietata anche al di sotto di 50 ducati, possono, in generale, esser provati per testimoni, quando esista un principio di pruova scritta, come ancora quando il creditore sia stato privato, da un caso fortuito o da un delitto, della scrittura destinata a servirgli di pruova letterale (2).

3) L'inesistenza o la perdita dei registri dello stato civile rende ammessibile la pruova testimoniale delle nascite, dei matrimonii, delle morti e degli altri atti dello stato civile, del pari che quella della filiazione materna dei figli legittimi (3). L'esistenza di un principio di pruova scritta autorizza ugualmente l'ammissione della pruova testimoniale della nascita e della filiazione materna, sia legittima, sia naturale (4).

Prima eccezione.

La pruova testimoniale per eccezione ammessibile, tanto al di sopra di 50 ducati, quanto contro ed oltre il contenuto negli atti, allorchè siavi un principio di pruova scritta. Art. 1301, com. 1.

(1) L'art. 1300 per contrario si applica a' diritti ed a' crediti de'quali la pruova testimoniale è per eccezione ammessa dagli articoli 1301 e 1302.

(2) Conf. su questa regola e sulle eccezioni di cui essa è suscettiva: art. 1361 e 1562, art. 1616, comma 2, art. 1955, comma 1.

(3) Confr. art. 48. Noi parliamo solamente della filiazione materna de' figliuoli legittimi. Perciocchè, da un canto, la filiazione paterna non è suscettiva di una pruova propriamente detta, e non può essere che il risultamento di una presunzione legale annessa, sia al matrimonio, sia al riconoscimento volontario, sia alle circostanze che autorizzano le indagini della paternità; e, da un altro canto, la pruova testimoniale della filiazione materna de' figliuoli naturali non è ammessa neppure nella ipotesi di che parlasi nel testo, se non in quanto sia appoggiata sopra un principio di pruova scritta.

(4) Confr. art. 245 e 264.

Per principio di pruova scritta (1), intendesi ogni scrittura la quale proceda, sia dalla persona a cui venga opposta, sia da colui cui ella rappresenti o da cui sia stata rappresentata, e la quale sia di natura tale da rendere verosimile il fatto allegato (2). Articolo 1301, comma 2.

1. Adunque il principio di pruova scritta suppone, in primo luogo, una scrittura.

Ogni specie di scrittura, qualunque ne sia la forma, e qualunque sia lo scopo col quale sia stata compilata, è suscettiva di formare un principio di pruova scritta. Così, si possono e si debbono, essendone il caso, riguardar come tali: i libri di commercio; i registri e le carte domestiche; le lettere missive, o che sieno state dirette a colui che le invochi o che sieno state dirette ad

(1) Non ci occuperemo in questo paragrafo che del principio di pruova scritta, il quale forma l'oggetto dell'art. 1301, e non già di quello di cui trattasi nell'art. 246.

* (2) Il divieto che si faccia un'intera pruova per testimoni, non toglie che si renda completa con essi la pruova di cui qualche scrittura dà un principio: il nostro articolo permette la pruova testimoniale quante volte ciò che si allega e si vuol provare si fonda sopra *un principio di pruova per iscritto*. Se non fosse stato definito dalla legge ciò che intendesi per principio di pruova per iscritto, si avrebbe potuto aver per tale qualunque scrittura che renda verosimile il fatto allegato; ma oggi non esiste più quella latitudine di un tempo, quando eran mute intorno a ciò le ordinanze. Legalmente vi è principio di pruova per iscritto, quando la scrittura riunisca in sè le due condizioni: 1. di rendere verosimile il fatto; 2. di emanare da colui a cui si oppone.

* Toullier (IX, 70, 90, ec.) tenta invano di schivare il testo del nostro articolo, allegando or l'autorità di antichi scrittori, come Boiceau, Danty, ecc.; ora le disposizioni degli art. 1329 (1283) (posto in armonia coll'articolo 1367 (1391)) 1335 (1189), 2° e 3°, 1336 (2290) affin di sostenere che non debba aversi riguardo alla persona da cui l'atto emani. Non volendo qui notare, perchè ci trarrebbe troppo in lungo, tutte le idee inesatte annunciate in questa materia dal dotto professore di Rennes, risponderemo da una mano che nella quistione non fa peso l'autorità degli antichi scrittori (poichè al tempo loro non era stato legalmente definito il principio di pruova per iscritto); e che d'altra mano, se pure gli art. 1329, 1367, 1335 e 1336 (1283, 1221, 1289 e 1290) menassero alle conseguenze che vuole Toullier, coteste disposizioni sarebbero sempre eccezionali, le quali, anzichè distruggere, confermerebbero la regola.

* La regola è troppo formale: il secondo paragrafo del nostro articolo è fatto unicamente per dire, che la scrittura che renda verosimile ciò che si allega deve emanare da colui a cui si oppone.

* Essendo dunque in errore Toullier, bisogna ritenere insieme cogli scrittori e la giurisprudenza, essere certe le due disposizioni: 1. per la pruova delle convenzioni o altri fatti anteriori al Codice Napoleone, non dovere i giudici aver riguardo alla persona da cui l'atto emana; 2. nei casi governati dal Codice non potere i giudici ammettere una scrittura che non emani dall'avversario (o dal suo autore o da chi lo rappresenti) senza violare il nostro articolo, e correre il rischio di vedere annullate le loro statuizioni.

un terzo, purchè, in quest'ultimo caso, sieno suscettive d'esser prodotte in giudizio le dichiarazioni scritte, o stragiudiziali o giudiziali, poco importando, quanto a queste ultime, che sieno state fatte nel corso dell'istanza in cui esse vengano invocate, o pendente un'altra istanza, e poco importando medesimamente che abbiano avuto luogo dinanzi ad una giurisdizione diversa (1); e finalmente, le annotazioni scritte nel dorso, margine o in fine di un atto istrumentario, del pari che le semplici note scritte sopra fogli volanti.

2. In secondo luogo, la scrittura da cui si pretenda di fare risultare un principio di pruova scritta, dev'essere proceduta, sia dalla persona a cui venga opposta (2), sia da colui cui ella rappresenti, o da cui ella sia stata rappresentata (3).

Perchè una scrittura possa essere considerata come proceduta da una persona, due condizioni sono necessarie:

È mestieri anzi tutto, che il contenuto di questa scrittura sia, moralmente e giuridicamente parlando, l'opera di questa persona, vale a dire, che costei sia l'autrice delle disposizioni o delle dichiarazioni che la scrittura racchiuda, o che per lo meno ella se le abbia rendute proprie mediante la sua accettazione espressa o tacita. Laonde, per esempio, un atto notarile non può formare contro il notaio che l'abbia ricevuto un principio di pruova scritta dei fatti comprovati o enunciati in quest'atto (4).

È d'uopo inoltre che sia provato, o mercè la firma o il carattere della persona alla quale s'oppongano, a titolo di principio di pruova, le disposizioni o le dichiarazioni contenute in una scrittura, o mercè l'autenticità di tale scrittura, che queste disposizioni o dichiarazioni sieno realmente l'opera di siffatta persona (5). Risulta da ciò, che un biglietto, il

(1) Ric. rig., 27 aprile 1840, Sir., XL, 1, 728. Vedi altresì: Ric. rig., 18 maggio 1840, Sir., XL, 1, 640.

(2) L'art. 1301 dice: « da colui contro il quale si propone la domanda », ma questa compilazione non è abbastanza generica; perciocchè non comprende il caso in cui il principio di pruova scritta sia invocato in appoggio di una eccezione. Confr. Duranton, XIII, 342.

(3) L'art. 1301 si limita a dire: « o da quello che egli rappresenta » senza aggiugnere, siccome noi lo abbiamo fatto nel testo: *o da cui ella sia stata rappresentata*. Ma è cosa evidente, che, sotto questo rapporto ancora, la compilazione di quest'articolo non è compiuta; perciocchè il principio di pruova scritta proceduto dal mandatario dee necessariamente poter essere opposto al mandante.

(4) Siccome l'uffizio del notai si limita a ricevere ed a comprovare le dichiarazioni e le convenzioni delle parti che sieno ricorse al loro ministero, così il contenuto degli atti che essi distendono non può essere considerato siccome proceduto da essi nel senso dell'artic. 1301. Bordeaux, 14 febbraio 1832, Sir. XXXII, 2, 262. Vedi in senso contrario: Ric. rig., 4 aprile 1838, Sir., XXXVIII, 1, 732.

(5) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 802.

quale non sia nè scritto nè firmato dal preteso debitore, non può essergli opposto come principio di pruova scritta, neppure quando fosse rivestito del suo suggello. Ne risulta ancora, che una annotazione enunciante un pagamento ricevuto non forma principio di pruova scritta della liberazione del debitore, quantunque tale annotazione fosse stata trovata tra le carte del creditore, allorchè essa non sia nè scritta nè firmata da quest' ultimo (1). Ne risulta in fine, che quietanze comprovanti il pagamento degli interessi di un credito o delle annualità di una rendita non possono, tutto che trovate tra le carte del debitore, valere, a vantaggio del creditore, come principio di pruova scritta dell' interruzione della prescrizione di questo credito o di questa rendita (2).

Ciascuna delle circostanze precedentemente indicate, cioè, la firma, il carattere o l'autenticità, è bastevole di per sè sola, indipendentemente dal concorso delle due altre, per l'adempimento della condizione di che trattasi attualmente (3).

Laonde, una scrittura firmata dalla persona a cui venga opposta, può valere come principio di pruova scritta, quantunque il corpo dello scritto non sia stato vergato da questa persona (4). È lo stesso di una scrittura tracciata da colui contro del quale essa s' invochi, ma che non sia stata rivestita della sua firma (5). Del resto, va ben inteso, che se la firma o il carattere di un atto venisse negato o non riconosciuto, bisognerebbe che altri, prima di potersene avvalere, lo facesse verificare in giudizio (6).

(1) Confr. art. 1285 e 1286. Civ: cass., 9 novembre 1842, Sir., XLIII, 1, 704.

(2) Nondimeno, Toullier IX, 99 insegna l' opinione contraria, che egli fonda sul riflesso che il debitore ha fatte proprie tali quietanze, conservandole tra le sue carte. Ma questa altro non è che una supposizione, della quale niente prova la esattezza; perciocchè non è cosa impossibile che un terzo abbia, senza la saputa del debitore, messe le quietanze di che si tratta fra le carte di quest'ultimo. La circostanza indicata nel testo somministra bene, se così vogliasi, un indizio del pagamento allegato contro il debitore; ma, a colpo sicuro, essa non ne costituisce un principio di prova scritta; perciocchè non è attestato nè dalla soscrizione, nè dal carattere del debitore che questi abbia accettate come sincere le dichiarazioni fatte dal creditore.

(3) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 802 ed 807.

(4) Arg. *a fortiori*, art. 1276. Una firma incominciata, e poscia interrotta per la morte, conferisce forse all'atto, al quale non sia stata apposta che in un modo incompiuto, il carattere di principio di pruova scritta? Vedi, per l'affermativa: Parigi, 27 marzo 1841, Sir., XLII, 2, 10.

(5) Arg. *a fortiori*, art. 1285 e 1286. Pothier, *op. cit.*, n. 806. Toullier, IX; 128 a 132. Duranton, XIII, 350. Crim. rig., 3 dicembre 1818, Sir., XIX, 1, 160. Riom, 30 marzo 1844, Sir., XLIV, 2, 321.

(6) Evidentemente per errore, Toullier IX, 77 ed 80 qualifica principio di prova per iscritto gli atti privati, di cui la firma e'l carattere non sie-

Così ancora, un atto autentico è suscettivo di somministrare un principio di pruova scritta contro la persona che vi abbia figurato come parte, quantunque non sia rivestito della costei firma, purchè le formalità destinate a supplirlo sieno state adempiute, ovvero si tratti di un atto per l'autenticità del quale tal firma non sia richiesta. In quest'ultimo caso, il rifiuto stesso di firmare non influirebbe sull'autenticità dell'atto, e non impedirebbe che esso potesse formare un principio di pruova scritta (1). Questo è ciò che ha luogo soprattutto, per gli interrogatorii sopra fatti e circostanze (2), e per le dichiarazioni fatte nel tempo di una comparsa delle parti in persona, purchè ne sia stato richiesto e dato atto, e sieno state in tal guisa autenticamente comprovate sin prima della sentenza (3); pei processi verbali distesi nell' uffizio di conciliazio-

no stati nè riconosciuti nè verificati. Di fatti, soltanto dopo la ricognizione volontaria, o dopo la giudiziale verificazione del carattere e della firma di questi atti, essi potranno essere considerati siccome derivati da colui, al quale vengano attribuiti, e come rivestiti per conseguenza di una qualità, in mancanza della quale non esiste alcun principio di pruova scritta. Bonnier, n. 108.

(1) Se, come ciò è incontrastabile, le enunciative contenute in un atto, per l'autenticità del quale la firma delle parti non sia richiesta, fanno piena fede allorchè presentino i caratteri di una confessione propriamente detta, non sa vedersi perchè esse non sarebbero suscettive di costituire un principio di pruova scritta, allorchè senza contenere una compiuta ricognizione del fatto da provarsi, tendano nondimeno a renderlo verosimile.

(2) Toullier, IX, 116, 118 e 125. Chardon, *del Dolo e della frode*, I, 129. Chauveau, sopra Carrè, *Leggi della procedura*, n. 1226. Ric. rig., 11 gennaio 1827, Sir., XXVII, 1, 91. Civ. rig., 18 luglio 1827, Sir., XXVIII, 1, 34. Bordeaux, 29 novembre 1828, Sir., XXIX, 2, 140. Ric. rig., 22 agosto 1832, Sir., XXXII, 1, 572. Ric. rig., 19 marzo 1835, Sir., XXXV, 1, 392. Ric. rig., 6 aprile 1836, Sir., XXXVI, 1, 747. Parigi, 26 nov. 1836, Sir., XXXVII, 2, 34. Ric. rig., 19 giugno 1839, Sir., XXXIX, 1, 462. Ric. rig., 15 marzo 1843. Sir., XLIII, 1, 684.

(3) Toullier, IX, 127. Diversi arresti della corte di cassazione hanno persino giudicato che le dichiarazioni fatte nel tempo di una comparsa delle parti di persona possa valere come principio di pruova scritta, per la sola ragione che esse trovinsi riferite nelle narrative della sentenza. Vedi in questo senso: Ric. rig., 29 novembre 1842, Sir., XLIII, 1, 241, Ric. rig., 2 gennaio 1843, Sir., XLIII, 1, 428. Ric. rig., 7 marzo 1843, Sir., XLIII, 1, 285. Ma, a parer nostro, questi arresti vanno troppo lungi. Se le dichiarazioni verbali, da cui vuolsi far risultare un principio di pruova, non sieno state comprovate per iscritto salvochè nelle narrative, le quali si compilano sol dopo la pronunziazione della sentenza, non è possibile il dire che siavi stato, sin prima della sentenza, un principio di pruova scritta; e, da un altro canto, non può ammettersi che il giudice sia autorizzato a fondare la decisione, cui egli è chiamato a pronunziare, sopra un principio di pruova scritta il quale non esiste ancora. D'altronde, il sistema della corte di cassazione presenterebbe nella pra-

ne (1), ed infine, per gl'interrogatorii subìti in materia criminale o correzionale avanti un giudice d'istruzione (2).

Le enunciative o le dichiarazioni contenute in un atto invocato come autentico, ma che fosse sfornito di questo carattere, sia perchè infetto di un vizio di forma, sia perchè ricevuto da un uffiziale pubblico incompetente o incapace, non possono formare un principio di pruova scritta contro la parte la quale non abbia nè scritto nè firmato tale atto, benchè sia stato rivestito della firma dell'altra parte (3). Ma esse potrebbero essere opposte a quella che lo avesse rivestito della sua firma, benchè non fosse firmato dall'altra (4).

Deesi considerare come derivata

tica gravi inconvenienti, ai quali non apporterebbe rimedio, se non imperfettissimamente, il mezzo delle opposizioni apprestato contro la compilazione delle narrative; perciocchè non è probabile che il giudice, dopo di aver fondata la sua sentenza sopra dichiarazioni, alle quali egli ha attribuita la forza di un principio di pruova scritta, voglia ancora ammettere delle spiegazioni che tendessero a toglier loro questa forza. Vedi in questo senso: *Osservazioni* di Devillenenve, Sir., XLIII, 1, 241; Colmar, 15 marzo 1843, Sir., XLIII, 2, 373.

(1) Di fatti, questi processi verbali sono autentici. Toullier, IX, 119; 120, 122 e 125.

(2) Crim. rig., 21 febbr. 1843, Sir., XLIII, 1, 660. Le confessioni fatte dinanzi ad un tribunale di polizia correzionale o ad una corte di assise, non costituiscono un principio di pruova scritta, allorchè sieno comprovate solamente mercè le note sommarie del cancelliere; perchè queste note non sono rivestite di alcun carattere di autenticità. Crim. cass., 17 luglio 1841, Sir., XLI, 1, 770. Vedi in senso contrario: Bastia, 6 marzo 1833, Sir., XXXIII, 2, 228.

(3) Confr. art. 1272. Questa proposizione non potrebb'essere seriamente messa in contestazione. Dal momento in cui le differenti circostanze, alla esistenza delle quali la legge subordina la forza probante di un principio di pruova scritta, vengano tutte a mancare, questa forza probante deve ugualmente svanire. Pothier *delle Obbligazioni*, n. 809. Duranton, XIII, 352. Vedi nondimeno in senso contrario: Toullier, IX, 90.

(4) Duranton *luogo cit.*, emette un avviso contrario, almeno nel caso in cui si tratti di una convenzione sinallagmatica. Ei pretende, che, giusta la mente del legislatore, secondochè essa appare dall'art. 1279, la posizione delle parti dev'essere uguale quanto alla facilità della pruova, e che si metterebbe altri in opposizione con lo spirito della legge, se ammettesse che un atto firmato da una delle parti, e non firmato dall'altra, potesse valere come principio di pruova scritta a vantaggio della seconda, allorchè non valga come tale in pro della prima. Ma non ostante che ammettiamo, l'art. 1279 essere basato sulla mente indicata da Duranton, noi siamo lontani dallo ammetterne la giustezza, e non crediamo che debbasi generalizzare un'idea la quale non è esatta in teoria, ed il risultamento della quale sarebbe quello di rigettare, in fatto di convenzioni sinallagmatiche, ogni principio di prova scritta che tutte e due le parti non si trovassero in posizione d'invocare. D'altronde, l'ipotesi attuale è affatto differente da quella che è preveduta dall'art. 1279.

dalla persona stessa, a cui venga opposta, una scrittura la quale sia provenuta dal suo autore o dal suo mandatario (1). Quindi, da un canto, la scrittura emanata dal defunto può essere opposta, come principio di pruova scritta, ai suoi eredi e successori universali o particolari; quella emanata dal venditore può essere opposta al compratore; e quella emanata dal debitore, ai creditori che esercitino i dritti e le azioni di lui conformemente all'art. 1119 (2). Quindi, da un altro canto, le dichiarazioni contenute in una dimanda intimata con atto di patrocinatore o patrocinatore possono, almeno fino alla disapprovazione, essere opposte, come principio di pruova scritta alla parte in nome di cui tale dimanda sia stata presentata (3); ed i libri o i registri di un negoziante o di un notaio, che abbia agito in qualità di mandatario, possono essere opposti al suo mandante (4).

Del resto, quali che sieno i rapporti esistenti tra due persone, le scritture derivate da una di tali persone non valgono riguardo all'altra come principio di pruova scritta, allorchè l'ultima non sia nè l'avente-causa nè la mandante della prima. Ecco alcune applicazioni di questa regola. La lettera scritta dal marito non forma un principio di pruova scritta contro sua moglie separata di beni, anche quando il primo avesse

perciocchè un atto notarile infetto di nullità non può, come un atto privato, che non sia stato fatto in doppio originale, assomigliarsi ad un semplice progetto. Toullier, IX, 87 ed 88. Risulta dalla proposizione enunciata nel testo che quando un atto avente per oggetto il comprovare una obbligazione solidale, sia stato sottoscritto da alcuni de' condebitori, esso dee considerarsi come uno scritto derivato da essi, ed assume, riguardo a loro, i due caratteri legali costitutivi, *in tesi* del principio di pruova scritta, benchè non possa essere opposto come tale agli altri condebitori che non lo abbiano firmato. Ma, se i soscrittori di quest'atto pretendessero di non aver avuta l'intenzione di obbligarsi se non mediante il concorso di coloro che non abbiano firmato, tale atto non potrebbe servire come principio di pruova scritta per combattere questa allegazione, e per istabilire che le parti, le quali hanno firmato quest'atto, abbiano inteso che la convenzione ricevesse la sua esecuzione non ostante la mancanza delle firme delle altre; perciocchè esso non tenderebbe in alcun modo a rendere verosimile questo fatto. Nondimeno, la soluzione della quistione, se uno scritto invocato come principio di pruova di un fatto rende o no verosimile questo fatto, essendo esclusivamente abbandonata alla estimazione del giudice, non si potrebbe impugnare per via di ricorso in cassazione una decisione contraria alla opinione che noi abbiamo testè emessa.

(1) Toullier, IX, 67. Riom, 10 giugno 1817, Sir., XVIII; 2, 135.

(2) Qui va riprodotta la distinzione stabilita precedentemente tra gli aventi-causa ed i terzi.

(3) Toullier, IX, 126. Bordeaux, 18 gennaio 1839, Sir., XXXIX, 2, 261. Parigi, 14 giugno 1843, Sir., XLIII, 2, 366. Vedi altresì: Ric. rig., 7 luglio 1840, Sir., XL, 1, 777.

(4) Ric. rig., 10 agosto 1840, Sir., XL, 1, 875.

agito nella qualità di *negotiorum gestor* della seconda (1). La scrittura proceduta da uno dei comproprietarii per indiviso di un immobile non può essere opposta, come principio di pruova scritta, all'altro comproprietario (2). Finalmente, le risposte consegnate in un interrogatorio sopra fatti e circostanze, subito da una persona anche impegnata in una lite, non costituiscono un principio di pruova scritta contro le parti che figurino in questa lite (3).

Le scritture che in sè non riuniscono le condizioni richieste per poter essere considerate, secondo ciò che si è detto dianzi, come emanate da una persona, non sono suscettive di esserle opposte a titolo di principio di pruova scritta (4).

Nondimeno questa regola, per essere sanamente intesa, è mestieri che sia combinata col principio, che gli atti autentici hanno, riguardo ai terzi, la stessa forza probante che tra le parti contraenti. Così, nella stessa guisa che un atto autentico fa fede, riguardo ai primi, di tutto ciò onde fa fede tra le ultime, nella stessa guisa pure un simile atto costituisce, riguardo a quelli, un principio di pruova scritta di tutto ciò onde forma principio di pruova scritta tra queste. Il che ha luogo nei casi preveduti dagli articoli 1289, n. 2 e 3, e 1290 (5).

(1) Civ. cass., 8 dicembre 1834, Sir. XXXV, 1, 44.

(2) Civ. cass., 30 dicembre 1839, Sir., XL, 1, 139.

(3) Parigi, 26 novembre 1836, Sir., XXXVII, 2, 34.

(4) Duranton, XIII, 351. Bonnier, n. 108. Vedi in senso contrario: Toullier, IX, 68 a 71 e 90. L'ordinanza del 1566, e quella del 1667, non avendo definito ciò che dovesse intendersi per principio di pruova scritta, i tribunali potevano altra fiata attribuire questo carattere a scritture non derivate da coloro ai quali venivano opposte. Ma, i compilatori del Codice hanno creduto di dovere far cessare intorno a questo punto l'arbitrio del giudice; e con questo scopo appunto hanno data nell'art. 1301 la definizione del principio di pruova scritta. I termini di questa definizione, la quale consacra la dottrina di Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 808, sono troppo precisi, perchè i tribunali si possano anche oggidì allontanare dalla regola stabilita nel testo. Indarno Toullier invoca, in appoggio della opinione contraria, l'artic. 1283, il quale, secondo lui, avrebbe conferita la forza probante di un principio di pruova scritta a scritture non procedute da coloro a cui è permesso l'opporle. Di fatti, anche quando si ammettesse come esatta l'interpetrazione che Toullier dà di quest'articolo, sarebbe d'uopo tutto al più ravvisarvi una eccezione alla regola generale che discende dall'art. 1301; e questa eccezione, lungi dal distruggere la regola, verrebbe a confermarla. Ma vi ha dippiù: l'art. 1283 non contiene in realtà alcuna eccezione alla regola di cui si tratta. Se questo articolo attribuisce ai libri dei mercanti la forza di un *principio di pruova* sufficiente per autorizzare la delazione di un giuramento suppletorio, esso non attribuisce loro il carattere di un *principio di pruova scritta*, tale da far ammettere la pruova testimoniale.

(5) Toullier, IX, 71 e 72; Duranton, XIII, 343; Bonnier, n. 108.

3. In terzo luogo, la scrittura invocata come principio di pruova scritta dee rendere verisimile il fatto allegato. Ogni scrittura che rende un fatto verisimile è suscettiva di servire di principio di pruova scritta, qualunque sia d'altronde la causa per la quale essa non formi pruova compiuta. Si possono, sotto questo rapporto, collocare in due classi le diverse specie di principio di pruova scritta.

Nella prima classe figurano le scritture, le quali contengono bensì le enunciazioni necessarie per provare il fatto allegato, ma alle quali manchi qualche condizione, il cui effetto è di ostacolo che esse facciano pruova compiuta.

Tali sono soprattutto : gli atti privi di autenticità, sia per difetto di forma, sia per incompetenza o incapacità del pubblico uffiziale che li abbia ricevuti, allorquando non sieno firmati da tutte le parti (1); le copie di atti autentici, le quali non sieno state estratte colle condizioni richieste per far pruova compiuta ; le trascrizioni di atti autentici sopra pubblici registri; le enunciative contenute in un atto autentico, quando non abbiano un rapporto diretto colla disposizione o colla convenzione che forma l'oggetto di tale atto (2); i biglietti contenenti obbligo unilaterale di pagare una somma in contanti, o di consegnare una certa quantità di cose che si determinino a numero, a peso o a misura, allorchè tali biglietti non sieno rivestiti del *buono* o *approvato* (3); i registri e le carte domestiche, del pari che le annotazioni scritte in dorso, nel margine o nella fine di un atto istrumentario, quando gli uni e le altre non riuniscano in sè le condizioni richieste per far pruova compiuta ; e, in generale, ogni specie di scritture private non firmate (4).

Per contrario, gli atti incompiuti, vale a dire, quelli che dovevano avere per oggetto il comprovare una disposizione o una convenzione, la quale non abbia ricevuta tutta la sua perfezione, e che sia rimasta nello stato di semplice progetto, non possono servire come principio di pruova scritta di questa disposizione e di questa convenzione. Tali sono, per esempio, gli atti notarili che sieno rimasti incompiuti per effetto del rifiuto di firmarsi dall'una o dall'altra delle parti (5), ugual-

(1) Confr. art. 1272.

(2) Confr. intorno a queste copie, trascrizioni ed enunciative: art. 1289, n. 2 e 3, 1290 e 1274.

(3) Confr. art. 1280. Fa mestieri aggiungere le scritture private contenenti convenzioni sinallagmatiche, ne'casi preveduti dall'articolo 1295, comma 3.

(4) Confr. art. 1283 e 1286.

(5) Non deesi confondere la semplice mancanza di firma e'l diniego di firmare. La prima può, tutto al più, avere per effetto il trarre seco la nullità dell'atto notarile che non sia stato firmato dall'una o dall'altra delle parti, nell' ipotesi in cui tale atto non menzioni la dichiarazione che questa parte non sappia o non abbia potuto firmare.* V. la legge sul notariato del 23 novembre 1819, art. 15 e 29, come pure, il decreto del

mente che gli atti privati contenenti convenzioni sinallagmatiche, allorchè non sieno stati fatti in tanti originali, per quante erano le parti aventi un interesse distinto (1).

Gli atti costitutivi di rendite o di crediti, contro delle quali rendite o crediti sia invocata la prescrizione, non possono neppure servire come principio di pruova scritta, per istabilire che la prescrizione sia stata interrotta dal fatto del pagamento delle annualità o degl'interessi di queste rendite o di questi crediti (2).

Nella seconda classe delle scritture capaci di formare un principio di pruova, trovansi quelle che non comprovino con precisione il fatto allegato, ma che racchiudano delle enunciazioni di natura tale, da rendere verisimile un tal fatto.

Nel novero di queste scritture, le quali è impossibile di enumerare, vanno collocate: le lettere missive che parlino di una anticipazione a farsi da colui il quale alleghi che questa anticipazione sia stata effettivamente fatta (3); i biglietti che portino promessa di pagare il prezzo di mercanzie da consegnarsi da colui che pretenda di averne effettuata la consegna (4); le ricognizioni di de-

di 12 settembre 1828, n. 2.—Ma non reca alcuna offesa alla esistenza ed alla validità della convenzione istessa, e non impedisce che l'atto, il quale la comprovi, possa essere invocato come principio di pruova scritta contro la parte che abbia firmato quest'atto. Per contrario, il diniego di firmare non dovendo e non potendo essere considerato che come un complmento della convenzione progettata, l'atto che era destinato a comprovarla non è più suscettivo di somministrare, neppure contro la parte che lo abbia rivestito della sua firma, un principio di pruova scritta della esistenza di questa convenzione. Ric. rig., 26 luglio 1832. Sir., XXXII, 1, 492.

(1) Confr. art. 1279. * Va diversamente la cosa presso di noi in ordine alle scritture contenenti convenzioni sinallagmatiche.

(2) Toullier, IX, 97. Rolland de Villargues, *Rep. del notariato v.* Principio di pruova scritta, n. 35. Brusselles, 24 febbraio, 1825, *Pasicrisia belga*, sotto questa data, Riom, 4 maggio 1841. Sir., XLI, 2, 384. Douai, 19 gennaio 1842, Sir., XLII, 2, 112. Vedi in senso contrario: Brusselles, 21 novembre 1814, *Pasicrisia belga*, sotto questa data; Caen, 20 maggio 1840, Sir., XL, 2, 300. Queste decisioni sono evidentemente mal pronunziate. Non havvi di fatti tra la costituzione di una rendita o di un credito, e l'interruzione della prescrizione di questa rendita o di questo credito, verun ligame, neppur lontano, di connessità, il quale permetta di conchiudere dalla esistenza dell'una alla verisimiglianza dell'altra. La circostanza che l'originale o la copia di prima edizione dell'atto costitutivo della rendita o del credito si trovasse ancora nelle mani del creditore, non sarebbe neppure un indizio della interruzione della prescrizione; perciocchè questa circostanza darebbe tutto al più a pensare che il capitale della rendita o del credito non sia stato soddisfatto; ma non tenderebbe in alcuna guisa a far credere che le annualità o gli interessi ne sieno stati pagati.

(3) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 803. Toullier, IX, 100 a 112. Duranton, XIII, 347.

(4) Pothier, *op. cit.*, n. 802. Toullier, IX, 107, Duranton, XIII, 346.

bilo che non ne enunciino la quantità (1), o che non ne indichino la causa (2); le ricognizioni stragiudiziali che non riuniscano in sè tutte le condizioni essenziali per l'esistenza di una confessione propriamente detta; le confessioni giudiziali, le quali non versino sul fatto allegato propriamente, ma sopra circostanze accessorie, d'onde possa indursi la verosimiglianza di questo fatto (3); le risposte oscure, evasive o artifiziose alle interpellazioni dirette dal giudice in un interrogatorio sopra fatti e circostanze, o nel tempo di una comparsa delle parti in persona (4), ugualmente che il rifiuto autenticamente comprovato di rispondere a simili interpellazioni (5).

4. La quistione se una data scrittura presenti o no i caratteri legali di un principio di pruova scritta, vale a dire, se possa essere legalmente considerata come derivata dalla persona a cui venga opposta, è una quistione di dritto, il cui esame entra nelle attribuzioni della Corte di cassazione (6).

Per contrario, la quistione se la scrittura invocata come principio di pruova scritta, e che sia derivata da colui al quale si opponga, renda o no verisimile il fatto allegato, è una quistione di fatto abbandonata interamente alla estimazione dei tribunali (7). Egli è così nei casi medesimi in cui la legge dichiara la tale o la tale altra scrittura suscettiva di

(1) Pothier, *op. cit.*, n. 850. Toullier, IX, 114 e 115.

(2) Duranton, X, 356, e XIII, 354.

(3) Toullier, IX, 166.

(4) Toullier, IX, 118.

(5) Arg. art. 424 del Codice di procedura. Essendo il giudice autorizzato a ritenere per verificati i fatti, su' quali una persona sottoposta ad un interrogatorio intorno a fatti e circostanze si nieghi di spiegarsi, ei può a maggior ragione attingere da un tale diniego un principio di pruova scritta. Toullier, IX, 117. Rouen, 8 aprile 1824, Sir., XXVI, 2, 73. La stessa soluzione dev'esssere ammessa quanto al diniego di rispondere alle quistioni indirette dal giudice nel tempo di una comparsa delle parti in persona. Ma *quid* del diniego di rispondere alle interpellazioni fatte dal giudice di pace nell'ufficio di conciliazione? Potrebbe mai questo diniego formare un principio di pruova scritta? Noi non lo crediamo. Toullier, emettendo un'opinione contraria IX, 121, sembra non aver ravvisata la vera ragione di decidere, la quale è, a parer nostro, la seguente: Il giudice di pace, sedendo nell'ufficio di conciliazione, non ha ricevuto da alcuna legge il potere di dirigere alle parti interpellazioni estranee al punto di sapersi se esse intendano o no di conciliarsi; e quella, alla quale egli dirigerebbe simili interpellazioni, non sarebbe tenuta di rispondervi. Il suo diniego di rispondere non potrebb'essere considerato che come un diniego di conciliarsi; e non si comprenderebbe come un somigliante diniego fosse di tale natura da rendere verisimile il fatto allegato dalla parte avversa, ed a somministrare così un principio di pruova scritta.

(6) Bonnier, n. 108. Civ. cass.. 30 dicembre 1839, Sir., XL, 1, 139. Conf. Duranton, XIII, 344.

(7) Bonnier e Duranton; *luoghi cit.*. Toullier, IX, 133. Ric. rig., 30 apr. 1807, Sir. VII, 1, 1119. Civ. rig., 11

formare un principio di pruova scritta (1).

Seconda eccezione.

1. La pruova testimoniale è per eccezione ammessibile, tanto al di sopra di 50 ducati, quanto contro ed oltre il contenuto negli atti, nel caso in cui sia stato impossibile a colui che l' invoca il procurarsi una pruova letterale. Art. 1302, comma 1.

Per applicazione di questa eccezione, i num 2 e 3 dello stesso articolo dichiarano ammessibile la pruova testimoniale in materia di quasi-contratti, di delitti, di quasi-delitti, di depositi necessarii, e di ogni altra obbligazione contratta ad occasione di accidenti impreveduti.

Queste diverse applicazioni non debbono riguardarsi se non come esempii, destinati a spiegare il senso dell'eccezione, e non hanno lo scopo nè di restringerne, nè di estenderne la portata. Quindi risulta, da un canto, che la pruova testimoniale è ammessibile, per la sola ragione che sia stato impossibile a colui che l'invoca il procurarsi una pruova letterale, anche quando egli non si fosse trovato in alcuno dei casi specialmente indicati dall'articolo 1302 (2). Ne risulta, da un altro canto, che nei casi medesimi i quali sono nominatamente designati da questo articolo, l'ammessibilità della pruova testimoniale è sempre subordinata alla condizione che non sia stato possibile a colui che la invochi, il procurarsi una pruova letterale (3).

Del resto, un'impossibilità relativa e morale può, del pari che un'impossibilità assoluta e fisica, autorizzare l' ammissione della pruova testimoniale (4); ed il giudice è sovrano estimatore della esistenza o della non esistenza dell' impossibilità; dimodochè la sua decisione sopra questo punto

aprile 1826, Sir., XXVI, 1, 336. Ric. rig., 6 agosto 1839, Sir., XXXIX, 1, 362. Ric. rig., 27 aprile, 18 maggio e 10 agosto 1840, Sir., XL, 1, 640, 728 ed 876.

(1) Confr. art. 1274, 1289, n. 2 e 3, e 1290. Questi articoli lasciano bensì al giudice la facoltà di ammettere, nelle ipotesi di cui si occupano, l' esistenza di un principio di pruova scritta, ma non gliene impongono l' obbligazione. Toullier e Duranton, *luoghi cit.*

(2) Favard, *Rep.*, v. Pruova, § 1, n. 20. Ric., rig. 19 maggio 1841, Sir., XLI, 1, 545.

(3) Favard, *op. v. luogo cit.* Confronta Duranton, XII, 357 e 358; Bonnier, n. 99.

(4) Egli è tanto meno permesso il distinguere, in ordine a ciò, tra la impossibilità fisica e l' impossibilità morale, in quanto molti degli esempii citati dall' art. 1302 si riferiscono piuttosto alla seconda che alla prima. Toullier, IX, 139, 200 e 203. Bonnier, n. 110 a 112. Favard, *op. e v. cit.* n. 29. Parigi, 9 apr. 1821, Sir., XXII, 2, 165. Bourges, 24 novembre 1824, Sir., XXV, 2, 125. Conf. Limoges, 4 giugno 1840, Sir., XL, 2, 491; Bourges, 23 febb. 1842, Sir., XLIII, 2, 50.

(Non si possono in materia di pruova di convenzioni, comprendere sotto le parole: *impossibilità morale*, ragioni di uso e di delicatezza. Gand, 9 marzo 1838, *Giur. di B.*, 1838, 85).

non potrebbe dar adito a cassazione (1).

L'eccezione ammessa in materia di quasi-contratti si applica senza difficoltà alla gestione di affari; perciocchè è sempre impossibile al padrone dell'affare il procurarsi una pruova letterale del fatto stesso della gestione e degli atti ai quali essa abbia dato luogo (2). Ma questa eccezione non si applica alla ricezione dell' indebito. Quegli, il quale pretenda di aver pagato ciò che non doveva, non è ammesso a provare per testimonii il pagamento che alleghi di aver fatto; perciocchè egli poteva procurarsene una pruova letterale, richiedendo una quietanza, ovvero discaricarsi dal peso della pruova, facendosi rilasciare l' atto istrumentario del credito (3). Nondimeno quegli, il quale abbia pagato per errore il debito altrui, è autorizzato a provare per testimonii, contro il vero debitore, l'esistenza di questo debito, quando, per effetto del pagamento, il creditore abbia soppresso l'atto che comprovava tal debito (4).

L' eccezione riguardante i delitti ed i quasi-delitti non si estende ai fatti leciti anteriori, di cui alcuni delitti o quasi-delitti presuppongono l' esistenza. Risulta da ciò, che quando la pruova letterale del fatto giuridico, cui un delitto presupponga, non sia addotta, e la pruova testimoniale di questo fatto non sia ammessibile, il delitto istesso non può essere provato per testimonii (5). Questa regola si applica non solamente all'azione di danni ed interessi, esercitata o dinanzi ai tribunali civili o dinanzi ai tribunali di giustizia repressiva, ma altresì all'azione pubblica (6). Così, nè la parte lesa, nè il pubblico ministero, sono ammessi a provare per testimonii un delitto di vio-

(1) Ric. rig. 19 maggio 1841, Sir., XLI, 1, 545.

(2) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 813. Toullier, IX, 141. Bonnier, n. 99 e 109. Vedi nondimeno: Duranton, XIII, 357.

(3) Duranton, XIII, 358. Bonnier, n. 99.

(4) Il regresso, che il secondo comma dell' art. 1331 accorda, contro il vero debitore, a colui che abbia pagato il debito altrui, sarebbe presso a poco illusorio, se quest'ultimo non fosse ammesso a provare per testimonii l'esistenza di tal debito; e non può supporsi che il legislatore abbia voluto ridurlo alla necessità di rimettersene alla coscienza del suo avversario. Vedi altresì art. 1302, numero 4.

(5) Su questa regola appunto è fondata la disposizione dell' articolo 249. Ma un delitto, il quale non supponga alcuna giuridica relazione anteriore tra 'l suo autore e la parte lesa, può essere provato per testimonii, benchè sia stato commesso sotto il velo e sotto l' apparenza di un atto lecito. Tale si è lo scrocco.

(6) La giureprudenza della Corte di cassazione, la quale per un momento inclinava a stabilire una distinzione, relativamente a ciò, tra l' azione civile e l'azione pubblica (conf. crim. rig., 21 ag. 1834, Sir., XXXV, 1, 119) si è diffinitivamente pronunziata in favore della opinione emessa nel testo. Conf. le tre note seguenti.

lazione di deposito volontario o di mandato[1], quando la pruova letterale del deposito o del mandato non sia addotta, e la pruova testimoniale non ne sia ammessa (1). È lo stesso del reato di abuso di carte firmate in bianco (2), e del reato di falso giuramento prestato in materia civile (3).

Debbonsi, sotto il rapporto dell' ammessibilità della pruova testimoniale, come sotto ogni altro riguardo, assomigliare ai depositi necessarii quelli che sieno fatti da viaggiatori negli alberghi e nelle osterie dove essi abbiano preso alloggio. Art. 1302, num. 2, 1822 e 1826. Ma la consegna di cose destinate ad essere trasportate da un luogo ad un altro non costituisce un deposito necessario, e non è, come tale, suscettiva di essere provata per testimonii, allorchè la convenzione del trasporto sia stata conchiusa con una persona la quale non s'incarichi abitualmente di operazioni di tal genere (4). Del resto, il giudice gode del più esteso potere discrezionale, per ammettere o rigettare la pruova *testimo-*

(1) Confr. Codice penale, art. 430; Toullier, IX, 145 a 156. Merlin, *Quist.* v. Soppressione di titolo, § 1; Bonnier, n. 95, Crim. cass., 21 marzo 1811, Sir., XI, 1, 192; Crim. rig., 2 dicembre 1813, Sir., XIV, 1, 30, Crim. cass., 5 maggio 1815, Sir., XV, 1, 227. Crim. cassaz. 10 aprile 1819, Sir., XIX, 1, 321, Crim. cass., 26 settembre 1824, Sir., XXIV, 1, 127; Crim. cassaz. 16 maggio 1829, Sir., XXIX, 1, 231; Civ. rig., 23 dicembre 1835, Sir., XXXVI, 1, 141; Crim. cass. 20 aprile 1844, Sir. XLIV, 1, 848. Brusselles, 3 novembre 1831, *Giur. di B.*, 1831, 2, 103. *Quid iuris*, se il deposito o il mandato fosse stato provocato per dolo?

(2) Conf. Codice penale, art. 430 n. 3. Crim. rig., 5 maggio 1831, Sir., XXXI, 1, 188. Civ. rig., 18 gennaio 1831, Sir., XXXI, 1, 192. Riom, 30 marzo 1844, Sir., XLIV, 2, 321, Brusselles, 15 giugno 1815, e Brusselles, cass., 2 giugno 1846, *Giur. di B.*, 1846.

(3) Conf. Codice penale, art. 366; Toullier, X, 388; Merlin, *Rep.*, v. Giuramento, § 2, art. 2, 168 *bis*; Legraverent, *Legislazione criminale*, 1, 41; Mangin, *Trattato dell'azione pubblica*, I, 173; Chauveau ed Helie, *Teoria del Codice penale*, t. VI, cap. LVI, *in fine*: Crim. cass., 5 settembre 1812, Sir., XIII, 1, 158; Crim. cass., 17 giugno 1813, Sir., XIII, 1, 439. Crim. cass., 12 settembre 1816, *Pasicrisia belga*, sotto questa data, Amiens, 24 agosto 1843, Sir., XLIII, 2, 539. Corte di assise del Loiret, 6 novembre 1843, Sir., XLIV, 2, 68. Crim. rig., 16 agosto 1844, Sir., XLIV, 1, 714. Crim. cass. 29 marzo 1845, Sir., XLI, 1, 397. Crim. rig., 25 aprile 1845, Sir., XLV, 1, 480. Vedi in senso contrario, relativamente all'azione pubblica: Hauter, *Trattato teorico e pratico di drillo criminale*; II, 500. Pouiol, *Dissertazione, Rivista straniera*, 1840; Crim. rig., 21 agosto 1834, Sir., XXXV, 1, 119. Allorchè il falso giuramento sia stato prestato sopra un delitto o sopra un quasi-delitto, vale a dire, su di un fatto la prova testimoniale del quale sia ammessibile, il reato di falso giuramento può altresì essere provato per testimoni. Crim. rig., 20 gennaro 1843, Sir., XLIII, 1, 659.

(4) Bonnier, n. 111.

niale in materia di deposito necessario (1).

Quanto alle obbligazioni contratte in caso di accidenti impreveduti, esse sfuggono, per la stessa loro natura, ad ogni specie di analisi e di enumerazione (2).

La quistione, se la pruova testimoniale in tali o in tali altri casi non ispecificati nei n. 1, 2 e 3 dell'art. 1302, è il più frequentemente elevata in proposito dei fatti di violenza, di errore, di dolo, di frode e di simulazione. Debbonsi, relativamente a ciò, ammettere le seguenti soluzioni:

La parte, la quale impugni, come infetto di violenza o di errore, un contratto o altro atto giuridico, è ammessa a provare per testimonii l'esistenza di questi vizii (3).

Quegli che arguisca di nullità, per causa di dolo, un contratto o altro atto giuridico, la sua esistenza sia per altro costante, può egualmente provare per testimonii le macchinazioni coll'aiuto delle quali ei pretenda che sia stato sorpreso il suo consenso (4). Ma la parte che invochi un atto giuridico, la cui esistenza venga messa in contestazione dal suo avversario, non potrebbe essere ammesso a provarlo per testimonii, sotto il pretesto che fosse stato provocato da un dolo (5); eccetto nondimeno se questo dolo costituisca per sè medesimo un delitto, la cui perpetrazione si con-

(1) Questo è ciò che viene indicato dalle espressioni del n. 2 dell'art. 1302: « e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto ». Adunque il giudice potrebbe, in somigliante materia, rigettare la pruova testimoniale, malgrado la pertinenza dei fatti allegati.

(2) Confr. Duranton, XIII, 367; Toullier, IX, 198, 199 e 203.

(3) Toullier, IX, 173 e 177. Duranton, X, 196. XIII, 333. Ric. rig., 5 febbraro 1828, Sir., XXVIII, 1, 232.

(4) Il dolo consistendo in macchinazioni praticate senza la saputa della persona, della quale esse abbiano lo scopo di sorprendere il consentimento, costei trovasi, per la natura medesima delle cose, nella impossibilità di procurarsene una pruova letterale. Laonde, la dottrina e la giurisprudenza sono di accordo per ammettere che il dolo di cui trattasi nel testo *(dolus dans causam contractui)* può essere provato per testimoni. Toullier, IX, 172, 177, 190 e 192. Merlin, *Rep.*, v. Dolo, n. 6. Favard, *Rep.*, v. Prova, § 1, n. 6. Duranton, X, 196. Civ. rig., 22 termidoro anno IX, Sir., II, 1, 34. Ric. rig., 24 termidoro anno XIII, Sir., XX, 1, 486. Ric. rig., 20 febbraro 1811, Sir., XI, 1, 141. Ric. rig., 1 febbraro 1832, Sir., XXXII, 1, 136. Ric. rig., 20 dicembre 1832, Sir. XXXIII, 1, 344. Ric. rig., 3 giugno 1835, Sir., XXXV, 1, 428. Ric. rig., 4 febbraro 1836, Sirey, XXXVI, 1, 839. Crim. rig., 28 novembre 1838, Sir., XXXIX, 813.

(5) Difatti, altra cosa è la pruova del dolo, altra cosa la pruova del contratto al quale il dolo abbia dato luogo. L'impossibilità in cui trovisi una persona di provare, altrimenti che per testimoni, le macchinazioni per mezzo delle quali il suo consentimento ad un contratto debba essere stato sorpreso, non si estende alla pruova di questo contratto. Crim. cass., 20 aprile 1844, Sir., XLIV, 1, 848.

fonda colla conclusione o colla formazione dell'atto giuridico che trattisi di provare (1). La pruova testimoniale non sarebbe neppure ammissibile nel caso in cui una delle parti allegasse, che per effetto di dichiarazioni menzogniere o di fallaci promesse, abbia ella rinunziato ad esigere una pruova letterale del contratto di provarne l'esistenza per mezzo di testimonii (2).

I terzi che impugnino, come fraudolento o simulato, un atto giuridico, sono ammessi a provare per testimonii la frode o la simulazione di cui si dolgono (3). Per tal guisa, la pruova testimoniale può essere invocata in appoggio di un'azione pauliana, o di un'azione di dichiarazione di simulazione diretta da creditori contro gli atti del loro debitore. Per tal modo ancora, gli eredi di riserva sono ammessi a provare per testimonii l'offesa recata alla loro riserva da donazioni mascherate (4); e tutti gli eredi, in generale, sono ammessi a ricorrere alla pruova testimoniale per istabilire l'esistenza delle disposizioni a titolo gratuito che il loro autore avesse fatte a vantaggio di incapaci, sia per mezzo di persone interposte, sia sotto il velame di contratti a titolo oneroso (5).

(1) Allorchè un delitto trovisi con una convenzione in una connessità tale, che la sua perpetrazione sia stata consumata, o almeno cominciata, nel momento stesso in cui la convenzione è stata conchiusa, i due fatti si confondono, e per conseguenza la pruova dell'uno può, al pari di quella dell'altro, farsi per testimoni. Questo è ciò che soprattutto ha luogo in caso di scrocco. Confr. Codice penale, articolo 430. Toullier, IX, 186 e 187. Vedi ancora: Crim. rig., 27 maggio 1837, Sir., XXXVIII, 1, 187.

(2) Dichiarazioni menzogniere e promesse fallaci, del genere di quelle di cui è parola nel testo, non costituiscono per sè medesime un dolo, nel senso almeno che l'artic. 1070 attribuisce a questa espressione. Ciò non è, tutto al più, che quello cui i dottori appellano *dolus incidens*, ma non già quello che essi chiamano *dolus dans causam contractui*. Or il dolo incidente, il cui risultamento non è quello di sorprendere il consentimento al contratto, e il cui buon esito non prova che un eccesso di confidenza dal canto di colui il quale ne sia stato la vittima, non colloca costui nella impossibilità di esigere una pruova letterale, e non rende per conseguenza ammessibile la pruova testimoniale. Confr. Toullier, IX, 190 e 191; Civ. cass. 29 ottobre 1810, Sir., XI, 1, 150; Civ. cass., 2 novembre 1812, Sir., XIII, 1, 146.

(3) L'impossibilità, nella quale sonosi trovati i terzi di procurarsi una prova letterale della frode o della simulazione concertata in loro pregiudizio, è manifesta. Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 801. Toullier, IX, 164 a 166; e 184. Duranton, XIII, 338. Brusselles, 17 gennaro 1810, Sir., XI, 2, 38. Civ. rig., 24 marzo 1829, Sir., XXIX, 1, 135. Ric. rig., 5 gennaro 1831, Sir., XXXI, 1, 8.

(4) Civ. cass., 10 giugno 1816, Sir., XVI, 1, 447. Bordeaux, 22 gennaro 1828, Sir., XXVIII, 2, 114. Ric. rig., 31 luglio 1833, Sirey, XXXIII, 1, 840. Tolosa, 15 marzo 1834, Sir., XXXIV, 2, 537. Bordeaux, 7 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 263.

(5) Furgole, *Trattato dei testamenti*, cap. VI, sez. III, n. 261.

Per contrario, quegli che pretenda simulata una convenzione in cui sia stato parte, non è, in generale, ammesso a provare per mezzo di testimonii la simulazione a cui egli abbia volontariamente consentito (1), e che non gli sia stata nè strappata con violenza, nè sorpresa per dolo (2). Quindi, per esempio, la pruova testimoniale della falsità della causa enunciativa in un biglietto non è, in generale, ammessibile (3). Nonpertanto, se la simulazione concertata tra le parti avesse avuto per oggetto il covrire una frode alla legge, colei di esse, la quale avesse interesse a provarne l'esistenza dovrebb'essere ammessa a farlo per mezzo di testimoni (4).

Pothier, *Trattato delle donazioni tra marito e moglie*, n. 94. Chardon, *Trattato del dolo e della frode*, II. 19 e seg. Marchangy, *Requisitoria*, Sir., XX, 2, 25. Ric. rig., 27 aprile 1830, Sir., XXX, 1, 186. Tolosa, 22 gennaro 1838, Sirey, XXXVIII, 2, 129. Ric. rig., 2 luglio 1839, Sir., XXXIX, 1. 626. (Brusselles, 31 dicembre 1828, *Giur. del XIX secolo*, 1827, 3, 70; Dalloz, XXI, 206). Del resto vuolsi notare che la prova testimoniale è, in simigliante caso, ammissibile da canto del donante istesso; perciocchè il mascheramento di una disposizione a titolo gratuito, fatta in vantaggio di un incapace, costituisce una frode alla legge.

(1) La parte, che domandasse di provare per testimoni la simulazione alla quale ella abbia liberamente consentito, dovrebbe essere dichiarata non ammessibile a farlo; perchè ella poteva, per mezzo di una contro-scrittura, procurarsi una prova letterale di questa simulazione. Toullier, IX, 178 a 184. Duranton, X, 357. Parigi, 20 aprile 1809, Sir., IX, 2, 358. Civ. cass. 8 gennaio 1817, Sir., XVII, 1, 151. Civ. cass., 6 agosto 1828, Sir., XXVIII, 1, 305. Parigi, 26 novembre 1836, Sirey, Parigi, 26 novembre 1836, Sirey, XXXVII, 2, 34. Ric. rig., 30 aprile 1838, Sir., XXXVIII, 1, 437.

(2) Delle dichiarazioni menzogniere, delle promesse fallaci, non possono, neppure sotto questo rapporto, essere assimigliate ad un vero dolo.

(3) Ma, quando sia riconosciuto da tutte le parti che la causa di un biglietto sia simulata, la pruova testimoniale è ammessibile per istabilirne la vera causa. Civ. rig., 8 aprile 1835, Sir., XXXVI, 1, 37.

(4) Cercasi ordinariamente di giustificare questa proposizione per mezzo di un argomento *a fortiori*, o almeno *a pari*, tratto dall'articolo 1307, il quale, per la medesima ragione che permette di provare il dolo e la frode mercè semplici presunzioni, ne autorizza virtualmente, dicesi, la prova testimoniale. I partigiani dell'opinione contraria rispondono, che non già nell'art. 1307, affatto estraneo alla prova testimoniale, ma bensì nelle disposizioni che la regolano, vale a dire, negli art. 1295 a 1302, sia d'uopo rintracciare la soluzione della quistione di sapersi se questa prova sia o no ammessibile; che tra questi articoli, il solo testo, il quale presenti qualche relazione con tale quistione, si è il primo comma dell'artic. 1302, che ammette la prova testimoniale, quando colui che l'invoca siasi trovato nell'impossibilità di procurarsi una prova letterale, ma che questo testo sia in conclusione privo di applicazione alla difficoltà, perchè la parte, la quale domandi di provare per testimoni la simulazione alla quale abbia consentito poteva non consentirvi, o almeno procurarsene

Sarebbe così principalmente nel caso in cui un biglietto, che indicasse per causa o una somma di denaro prestato o il prezzo di

una prova letterale, per mezzo di una contro-scrittura. Nel senso di questa opinione, dicesi ancora, che ben lungi dal somministrare un argomento in favore dell'ammessione della prova testimoniale in materia di frode o di dolo, la disposizione finale dell'art. 1307 sembra per contrario supporre che la prova testimoniale non sia ammessibile in somigliante materia; e si soggiunge finalmente, che se il legislatore ha creduto di dovere, in fatto di frode o di dolo, ammettere semplici presunzioni, ad esclusione della prova testimoniale, egli è probabilmente perchè ha considerate delle presunzioni, la cui estimazione è interamente abbandonata al potere discrezionale del giudice, come meno pericolose di una prova testimoniale, dal risultamento della quale il giudice è in certo modo ligato, allorchè, dopo di aver ordinata una prova testimoniale, egli non abbia gravi motivi per sospettare della veracità dei testimoni che vi sieno stati intesi. Confr. Devilleneuve, *Osservazioni*, Sir., XXXVI, 1, 579. Noi cominceremo dal confessare che gli è difficilissimo, per non dire impossibile, il dare una soddisfacente spiegazione della disposizione finale dell'art. 1307, il quale sembra escludere la prova testimoniale anche trattandosi di stabilire, sia il dolo col quale una delle parti abbia sorpreso il consenso dell'altra, sia la frode per mezzo della quale le due parti abbiano di concerto recata offesa a' diritti di persone terze, mentre risulta incontrastabilmente dal primo comma dell'art. 1302, che il dolo e la frode possono, in somigliante caso, essere provati per testimoni. Il solo mezzo da sfuggire questa contraddizione si è, supponendo un vizio di cumpilazione nella disposizione finale dell'art. 1307, il riconoscere che se semplici presunzioni sono ammessibili per provare il dolo e la frode, ciò non avviene per opposizione alle regole che reggono su questo punto l'ammessibilità della prova testimoniale, ma piuttosto in conformità di tali regole. Del resto, questo è quanto risulta nettamente da' discorsi degli oratori del governo e del tribunato. Bigot-Préameneau, sviluppando al corpo legislativo i motivi degli art. 1293 e seguenti, disse: « Vuolsi osservare che questa esclusione della *prova* testimoniale non si estende al caso di frode » e Jaubert, spiegando al tribunato l'art. 1307, si espresse così: « La frode ed il dolo non si presumono, ma colui che li alleghi deve essere ammesso a poterli provare per testimoni; perciocchè, se la frode non si presume, coloro che la commettono non mancano di impiegare tutti i mezzi per nasconderla. Adunque, la morale pubblica esige che la prova testimoniale sia ammessa in questa materia, ed in ciò appunto il giudice dee potere fare uso di tutta la sua perspicacia, a fin di penetrare tutti i ripieghi dell'uomo artifizioso ». Conf. Locrè, *Leg.*, t. XII, n. 209, e 33. Ciò posto, ed ammettendo che il dolo e la frode possano, in generale, essere provati tanto per testimoni quanto per mezzo di semplici presunzioni, la quistione riducesi a sapere, se debbasi fare eccezione a questa regola per la frode alla legge, o se almeno si debba, per quanto la concerne, stabilire una distinzione tra la prova testimoniale e le presunzioni. Per la soluzione di siffatta quistione, è importante cosa prima a tutto l'osservare, che l'art. 1307, nello statuire che semplici presunzioni bastano onde provare il dolo e la frode, di-

una vendita, non avesse in realtà per causa che interessi usura-

spone in un modo assoluto, e si applica per conseguenza la frode alla legge, come alla frode verso le persone. Di fatti, questo primo punto, il quale non è guari suscettivo di contestazione, pare generalmente ammesso. Ma tostochè la frode alla legge può essere provata per mezzo di semplici presunzioni, perchè mai non potrà esserlo per mezzo di testimoni? La distinzione che vorrebbesi stabilire, in quanto a ciò, sarebbe poco ragionevole, e troverebbe difficilmente applicazione nel fatto. La prova testimoniale, checchè se ne dica, non presenta maggiori pericoli che le presunzioni; perciocchè il giudice non è in alcun modo ligato dalla sentenza preparatoria o interlocutoria che abbia ordinata una prova testimoniale, ed ei rimane sempre l'arbitro di rigettare le testimonianze prodotte dinanzi a lui, al più leggiero sospetto di falsità, di parzialità o di errore. È piuttosto da temersi, non il giudice ceda troppo facilmente a presunzioni destramente presentate, che da paventarsi di vederlo troppo leggermente accordare la sua confidenza a testimoni i quali non fossero degni di fede. Ecco ciò che insegna la più comune esperienza; e sarebbe accusare la prudenza del legislatore il sopporre che abbia rigettata la prova testimoniale in un caso in cui egli ha nondimeno ammesse semplici presunzioni. Sotto il punto di veduta pratico, è d'altronde impossibile cosa lo scindere questi due generi di pruove; perciocchè il più sovente, per mezzo della prova testimoniale appunto stabilisconsi i fatti d'onde si deducono le presunzioni. Dunque secondo il sistema che noi combattiamo, sarebbe d'uopo o rigettare le presunzioni le quali non risultassero da fatti di già costanti; il che è evidentemente inconciliabile con le disposizioni combinate degli artic. 1307 e 245; o non ammettere la prova testimoniale che come mezzo da giugnere ad una pruova indiretta, escludendo i fatti che costituissero una prova diretta: il che è, a parer nostro, il colmo dell'inconseguenza. S'insiste nondimeno, e dicesi, che se la prova testimoniale della frode è ammessibile, lo è esclusivamente da canto di colui che non abbia potuto procurarsene una prova letterale; e che tale non sia la posizione della parte la quale siasi volontariamente renduta complice di una frode a cui era in libertà di non consentire. Ma, chi non comprende che il ragionare in tal guisa è un uscire dalla quistione, la quale non consiste tanto in sapere se la parte, la quale invochi la prova testimoniale, poteva o no consentire alla simulazione, quanto in sapere, se, consentito che abbia alla simulazione, erale o no possibile il procurarsene una prova letterale per mezzo di una contro-scrittura. Or mettendosi in questo punto di veduta, è facile cosa il riconoscere, che, se la parte, in danno della quale la simulazione abbia avuto luogo, poteva, in rigore, ricusarvisi, non lo era nondimeno moralmente possibile, tostochè vi consentiva, il domandare una contro-scrittura, la quale avrebbe annunziata dal canto suo l'intenzione di sottrarsi dalle conseguenze dell'atto simulato, e di impugnarlo come quello che coprisse una frode alla legge. A dir tutto in una parola, la frode alla legge essendo incompatibile coll'esistenza di una contro-scrittura destinata a svelarla, trae seco la necessità di ammettere la prova testimoniale. Aggiugniamo, che quasi sempre in conseguenza di una specie di costringimento morale, esercitato dall'una delle parti sull'altra, interviene il consenso di

rii (1), un debito di giuoco (2), o anche una disdetta di matrimonio (3).

Del resto, va ben inteso che nei casi medesimi in cui l'errore, la violenza, il dolo, la simulazione o la frode sono suscettivi di essere provati per testimoni, la pruova testimoniale dei fatti, i quali fossero in opposizione con quelli che si trovino comprovati fino all'iscrizione in falso mediante atto autentico, non potrebbe nondimeno essere proposta che per via d'inscrizione in falso (4).

2. La pruova per testimonii è ugualmente ammessibile, tanto al di sopra di 50 ducati, quanto contro ed oltre il contenuto negli atti, allorchè la pruova letterale, che avevasi procurata colui il quale invochi la pruova testimoniale, sia perita o sia stata soppressa per effetto di un caso fortuito o di un delitto che non sia stato in poter suo il prevenire (5). Art. 1302,

quella in pregiudizio della quale la frode alla legge sia praticata; in guisa che, sotto questo punto di veduta ancora, l'applicazione del primo comma dell'artic. 1302 trovasi perfettamente giustificata. Porremo fine a questa discussione con una riflessione, che ci sembra perentoria. Rigettando la prova testimoniale delle frodi alla legge, se ne consacra, per così dire, l'impunità; perciocchè è difficilissima cosa il provarle altrimenti che per testimoni. Or siccome non havvi pel legislatore interesse più grande, più imperioso dovere, quanto quello di assicurare la esecuzione delle sue disposizioni, e d'impedire che esse vengano eluse per via di simulazioni fraudolente, non si potrebbe ammettere che i compilatori del Codice abbiano sacrificato questo dovere e questo interesse alla diffidenza che loro ispirava la prova testimoniale; e che pel timore delle false testimonianze, abbiano lasciato la porta aperta a tutte le frodi alla legge. Bonnier, n. 643. Ric. rig., 11 frimale anno X, Sir., II, 1, 140. Ric. rig., 4 gennaio 1808, Sir., VIII, 1, 249. Limoges, 28 febbraro 1839, Sir., XXXIX, 2, 375. Confr. Ric. rig., 14 novembre 1843, Sir., XLIV, 1, 229.

(1) Vedi ancora nel medesimo senso: Toullier, IX, 193; Duranton, XIII, 332; Crim. cass., 2 dicembre 1813, Sir., XIV, 30; Civ. rig., 22 marzo 1825, Sir., XXV, 1, 43; Douai, 27 aprile 1827, Sir., XXVIII, 1, 341; Angers, 27 marzo 1829, Sir., XXIX, 2, 336. Vedi in senso contrario: Torino, 9 luglio 1812, Sir., XIII, 2, 215.

(2) Alle autorità citate in tale nota aggiungi ancora le seguenti: Merlin, *Rep.*, v. Giuoco, n. 4; Duranton, X, 370. XIII, 332: Limoges, 8 gennaro 1821, Sir., XXIV, 2, 288; Ric. rig., 30 novembre 1827, Sir., XXVII, 1, 66.

(3) Lione, 21 marzo 1832, Sir., XXXII, 2, 391; Camere riun., rig., 7 maggio 1836, Sir., XXXVI, 1, 574; Civ. cass., 11 giugno 1838, Sirey, XXXVIII, 1, 492 e 494; Nimes, 25 gennaro 1839, Sir., XXXIX, 1, 177. Vedi in senso contrario: Devilleneuve, *Osservazioni*, Sir., XXXVI, 1, 579; Civ. cass., 29 maggio 1827, Sir., XXVII, 1, 313.

(4) Toullier, IX, 175 e 176.

(5) Tale ci sembra essere il vero senso del num. 4 dell'art. 1302, il quale, da un canto, non può applicarsi alla perdita avvenuta, indipendentemente da ogni caso fortuito, per la colpa o per la negligenza del creditore, ma il quale, da un altro canto, deesi estendere alla soppressione risultante da un delitto che

comma 4. ed arg. da questo articolo.

Quando una persona pretenda che un atto istrumentario, il quale le serviva di pruova letterale, sia perito per caso fortuito, e dimandi di supplirvi col mezzo della pruova testimoniale, ella è tenuta a giustificare ad un tempo stesso il caso fortuito da lei allegato, la perdita che dev' esserne stata la conseguenza, e 'l tenore dell'atto perduto (1). Nonpertanto se il caso fortuito fosse di natura tale da

non sia stato in potere di lui il prevenire. Conf. sul primo punto: Merlin, *Quist.* v. Pruov, § 7; Toullier, IX, 207 e 208.

(1) Confr. art. 48; Toullier, IX, 206 e 212; Merlin, *op. c. e luogo cit.*; Bonnier, n. 113.

* Ma sempre, ed anche fuori quest'ultimo caso, i testimoni dovranno aver letto il titolo, e riportarne il tenore?—Toullier (IX-206), Duranton (XIII, 368), Zachariae (V, nel testo) e Bonnier (n. 114) par che lo vogliano.—Ma noi non sapremmo accostarci alla loro sentenza, perchè la regola, così intesa, ci sembra contraria alla legge e alla ragione.

* La legge non dice che la perdita di un titolo, avvenuta per forza maggiore, faculterà l'attore a provar con testimoni *qual ne fosse il contenuto*, ma solo che la perdita, provata che sia, recherà eccezione alle sopra esposte regole dell' art. 1341 (1295 M): il che importa che io potrò provare con testimoni *la mia domanda*. Il nostro paragrafo, messo in rapporto con lo articolo precedente, e con l' articolo 1341 (1295 M), vuol dire che quando avrò provato in primo luogo la preesistenza del titolo della mia pretensione e che una forza maggiore l'ha distrutto, io potrò, in secondo luogo, provare con testimoni la pretensione, che senza di ciò non avrei potuto se non col titolo stesso. Or se la prima pruova, che è necessaria per entrare nella eccezione, comprendesse la giustificazione del tenore stesso del titolo perduto, non vi sarebbe altra pruova a fare; ricostituendo con la pruova testimoniale tutto il contenuto del mio atto, avrei per ciò stesso pienamente giustificato la mia pretensione: ma la legge non la intende così, poichè nel suo sistema, fatta la prima pruova, si potranno poi provare con testimoni le mie dimande.

* Infatti il sistema da noi rigettato sarebbe stato troppo rigoroso; e se colui a cui una forza maggiore ha tolto il suo titolo, avrebbe dovuto far deporre ai testimoni il tenore del titolo ch'essi avessero letto e ritenuto, si rigetterebbero le domande che secondo ragione dovrebbero essere ammesse. Togliamo un esempio. Vi domando 2.000 franchi che dico avervi prestato; voi sostenete di no, e mi chiedete il titolo. Rispondo essersi distrutto, ma essere al caso di giustificare legalmente il mio credito. Sono stato vittima di un incendio ch'è un fatto certo: è similmente notorio, che l'incendio si apprese nel mio studiolo di notte, mentre dormiva, e sebbene tosto spento, consumò il mobile con ciò che conteneva, e in esso trenta persone dichiararono di essersi conservate sempre tutte le mie carte; di poi moltissimi testimoni, degnissimi di fede, deporranno, gli uni avervi veduto da me, entrare nel mio studiolo prima dello incendio, forse il giorno innanzi, pregandomi vi ricordassi il tempo in cui doveva pagarsi il vostro biglietto dei 2.000 franchi, ed avermelo veduto cercare per indicarvi il tempo; gli altri, avervi inteso dire più volte, che dovevate pagarmi 2.000 fr. in quel tempo; ed altri, se si vuole, avervi veduto in un tempo pre-

rendere probabile la perdita allegata, la pruova di questa perdita si confonderebbe con quella del caso fortuito medesimo. Il che avrebbe luogo, per esempio, nel caso in cui un creditore allegasse che l'atto comprovante l'esistenza del suo credito sia perito con tutte o con parte delle sue carte nell'incendio il quale abbia consumata la sua casa (1).

Colui il quale pretenda che un

cedente nella mia camera prendere in prestito i 2,000 fr., metterli nella vostra sacca, e poi passare con me nel mio studiolo (ov'essi non ci hanno seguito), per scrivere il vostro biglietto. In simili casi, la mia domanda non dee forse menarsi buona? Eppure nissun testimonio riferisce il tenore del biglietto, nessuno l'ha letto, o veduto.

* Errano dunque Toullier e Zachariae insegnando, che i testimoni debbano riferire *il tenore dell'atto*, ed anche Bonnier, il quale dice che il nostro paragrafo permette di comprovarsi con testimoni *il contenuto dell'atto perduto o distrutto*; e infine Duranton, secondo cui io dovrei fare udire «dei testimoni i quali depongano aver veduto fra le mie mani i biglietti prima dell'incendio, *averne letto il contenuto e ricordarsene il tenore*». Duranton ha copiato questo brano da Pothier, ma porge come assoluta un'idea, che in quello scrittore è il primo membro di una alternativa, fermandosi per l'appunto in quest'ultima proposizione: o che deporranno *conoscere il debito*. E Pothier aggiunge: È necessario essere certo che si sia incendiata la mia casa, ovvero che io sia in caso di provarlo perchè possa ammettersi *la pruova testimoniale* (di che cosa? del contenuto dei biglietti forse? No) *del prestito di denaro* di cui io pretendo aver perduto i biglietti, (*Obblig.*, n. 781).

* Così, i testimoni che abbiano personalmente veduto, letto e ritenuto l'atto, saranno solo necessari quando l'atto va suggetto a formalità, di cui l'adempimento non ha potuto come provarsi che con l'esame dell'atto dal riferito suo tenore. Marcadè art. 1302.

(1) Toullier, IX, 209. Duranton, XIII, 368. Bonnier, *luogo cit. Quid*, se il creditore allegasse che l'atto comprovante il suo credito siasi perduto nel tempo del passaggio da un luogo in un altro degli archivii di una cancelleria? La corte reale di Riom ha giudicato, con decisione del 28 novembre 1838, Sir., XXXIX, 2, 103, che la prova testimoniale non sia in simigliante caso ammessibile, perchè il passaggio da un luogo in un altro degli archivii di una cancelleria non può essere considerato siccome un avvenimento di forza maggiore, che vada compreso nella previsione del n. 4 dell'artic. 1302. Ma a parer nostro è questo un andar troppo lungi. Tostochè il creditore alleghi che l'atto, di cui domandi di provaro il tenore per mezzo di testimoni, siasi disperso in conseguenza di un fatto al quale egli è rimasto estraneo, il quale egli non ha potuto impedire, e nel tempo del quale non è stato messo in mora a prendere i provvedimenti necessarii per la conservazione di tale atto, questo fatto costituisce, per quanto concerne lui, un vero caso fortuito e di forza maggiore, nel senso del num. 4 dell'artic. 1302. Nondimeno, la decisione della corte di Riom ci sembra ben pronunziata nel merito, per la ragione che, da un canto, il passaggio da un luogo in un altro degli archivii di una cancelleria non era un avvenimento tale, da rendere per sè medesimo probabile la perdita allegata dal creditore, e, da un altro canto, questo

atto istrumentario, che gli serviva di pruova letterale, sia stato soppresso per effetto di un delitto, è ammesso a provare per testimonii tanto la soppressione, quanto l'esistenza e 'l tenore di tale atto, purchè questo delitto non presupponga verun altro fatto giuridico, oltre quello per la comprovazione del quale l' atto istrumentario preteso soppresso debba essere stato compilato. Così, allorchè un atto comprovante un credito sia stato fraudolentemente sottratto o estorto con violenza al creditore, la pruova testimoniale della sottrazione, dell'esistenza e del tenore di questo atto è ammessibile (1). Per contrario, allorchè un simile atto sia stato soppresso da colui a cui il creditore l'aveva affidato a titolo di deposito o di mandato, quest'ultimo non è ammesso a provare con testimonii, contro il preteso debitore, la perdita di tale atto e l'esistenza del credito (2).

In fine, non bisogna perdere di vista, che, in caso di smarrimento o di soppressione di un atto istrumentario sottoposto a determinate solennità, sia per la sua forza probante, sia per la validità dell'atto giuridico che esso fosse destinato a comprovare, la parte, la quale voglia supplirvi mediante la pruova testimoniale, dee non solo giustificare i fatti precedentemente indicati, ma provare altresì che quest'atto era rivestito delle solennità richieste dalla legge (3).

creditore non erasi offerto di pruovare siffatta perdita in un modo speciale.

(1) Merlin, *Quis.* v. Soppressione di titolo § 1. Conf. nel medesimo senso, relativamente alla soppressione di un testamento. Ricard, *Trattato delle donazioni*, parte III, n.6; Toullier IX, 217; Bordeaux, 24 maggio 1813. Sir., XV, 2, 108. Conf. ancora sulla sottrazione di una carta firmata in bianco : § 679. Vedi in senso contrario: Civ. cass. 5 aprile 1817, Sir., XVII, 1, 301. Quest' arresto, il quale decide che la sottrazione fraudolenta di una controscrittura, la quale versasse sopra un oggetto di un valore maggiore di 150 franchi, non possa essere provata per testimoni, quando non vi sia nè prova nè principio di prova scritta della esistenza di questa contro-scrittura, ci sembra in opposizione manifesta con le disposizioni dell' art. (1302). Noi riconosciamo bensì con la corte di cassazione, che ammettere in somigliante caso la prova testimoniale del fatto della sottrazione, è un ammettere implicitamente e necessariamente la prova testimoniale della controscrittura che si pretende sottratta ; ma, contrariamente alla corte suprema, noi sosteniamo essere questa prova ammessibile. Di fatti, la fraudolenta sottrazione di un atto, quando essa non sia stata cagionata da alcuna colpa o negligenza di colui in pregiudizio del quale sia stata commessa, costituisce in riguardo a lui un vero caso fortuito o di forza maggiore, il quale lo autorizza a provare per testimoni, conformemente al num. 4 dell'art. 1302, e l'esistenza di quest'atto e 'l fatto della sua sottrazione.

(2) Conf. quanto al punto di sapersi, se la prova testimoniale sia ammessibile contro il mandatario o contro il depositario infedele: testo n. 1, *supra*, Merlin, *op. e v. luogo cit.*

(3) Toullier, IX, 212, 215 e 216. Bonnier, n. 113.

DELLA PRUOVA INDIRETTA

687 c. *Della pruova indiretta.*

687 c. Della pruova indiretta. La pruova indiretta è quella che si fa per mezzo di presunzioni di fatto ovvero dell' uomo.

Le presunzioni di fatto, ovvero dell'uomo, così chiamate per opposizione alle presunzioni di diritto ovvero legali, sono conseguenze che il giudice desume da fatti riconosciuti tra le parti o previamente provati, per giungere alla conoscenza di un fatto messo in contestazione. Art. 1303.

La pruova indiretta è ammessibile in tutti i casi in cui la pruova testimoniale è ancor essa ammissibile; ma non lo è che in questi casi (1). Art. 1307. Adunque la sentenza, che l'avesse ammessa fuori di questi limiti, incorrerebbe nella censura della Corte di cassazione (2).

La pruova indiretta non può risultare che da presunzioni gravi, precise e concordanti. Ma l'estimazione dei caratteri delle presunzioni essendo interamente abbandonata al potere discrezionale del giudice, il suo errore su questo punto costituisce solamente un mal giudicato, e non può dar adito a cassazione (3).

Il numero delle presunzioni necessarie per costituire una pruova indiretta è ugualmente abbandonato all'estimazione del giudice, il quale può per conseguenza fondare la sua decisione sopra una sola presunzione, allorchè questa gli sembri sufficiente per determinare il suo convincimento (4).

(1) Vedi, per la giustificazione di questa proposizione, e per la interpetrazione dell'art. 1807.

(2) Merlin, *Rep.* v. Presunzione, § 4, n. 1. Toullier, X, 20 e 21. Civ. cass. 1 maggio 1815, Sir. XV, 1,277.

(3) Toullier, X, 20 e 26. Duranton, XIII, 531 e 532. Bonnier, n. 644. Ric. rig., 27 aprile 1830, Sir. XXX, 1, 186. Ric. rig., 1 febbraio 1832, Sir. XXXII 1,139. Ric. rig. 20 dicembre 1832, Sir., XXXIII, 1,344.

(4) A torto Toullier (X, 20 a 22) insegna l'opinione contraria, traendo dalla compilazione dell'art 1307 una conseguenza evidentemente forzata. Le presunzioni, al pari che le testimonianze, si pesano e non si contano: una presunzione può, benchè isolata, essere più possente che più presunzioni riunite. Bonnier, n. 644.

DEL COMPIMENTO DI PRUOVA

788 *d. Del compimento di pruova.— Del giuramento suppletorio.*
789 *Del giuramento* in litem.

788 d. Del compimento di pruova. — Del giuramento suppletorio (1).

Il giuramento suppletorio è quello che il giudice deferisce di ufficio all'una o all'altra delle parti.

* (1) *Dritto Romano.*—Il giudice poteva deferire il giuramento ad una delle parti per far dipendere da esso la decisione della causa *l.* 31, *ff de jure jur.*, l. 3, *Cod. de reb. cred.*, e questo era il giuramento che chiamavasi *necessario*. Quando lo deferiva all'attore appellavasi giuramento *suppletorio*, quando lo deferiva al reo assumeva il nome di giuramento *purgatorio*. Poteva ancora il giudice deferire il giuramento per determinare la condanna di colui che per dolo o colpa non mostrava una cosa al suo avversario, il quale aveva interesse di vederla, oppure non gli restituiva, o non gli pagava ciò che gli doveva, e questo giuramento chiamavasi *giuramento in lite*. l. 1, l. 2, ff *de in litem iurando*. Esso si divideva dai dottori in giuramento di *verità* ed in giuramento di *affezione*. Quello di verità si deferiva dal giudice all'attore perchè dichiarasse il vero valore, secondo la comune opinione degli uomini, di quanto l'avversario suo gli era debitore, o doveva mostrargli, e di cui per colpa non gli aveva fatto il pagamento, o l'ostensione, e perchè ancora dichiarasse l'ammontare dei danni sofferti e degl'interessi perduti a cagione della mancanza del suo avversario come si ha dalla l. 5, § 1, ff *si quid in fraud. patron.*, l. 3, l. 5, § ult. l. 9 ff *de in lit. jur.*, *nov.* 82, *cap.* 10. Il giuramento di affezione si deferiva dal giudice all'attore perchè gli uomini, ma la di lui particolare affezione si stimasse il valore della cosa, che il debitor suo per dolo o colpa lata non gli aveva restituito l. 1, l. 8, ff *de in lit. jur.*, l. 2, *Cod. eod.*, l. 68, ff *de rei vind.*, *junct.*, l. 33, ff *ad leg. Aquil.* Se il debitore era soltanto in colpa leggiera, non avèva luogo questo giuramento, ma piuttosto il giudice stimava egli il valore della cosa dovuta, o deferiva all'attore il giuramento di verità l. 4, § ult., l. 5, § 3, ff *de in lit. jur.*

* Il giudice soltanto deferiva il giuramento di affezione, e se l'attore giurava a delazione di un altro, o senza delazione, il suo giuramento non era di alcun valore l. 4, § 1, ff *eod.* Il giudice poi deferiva questo giuramento all'attore se era proprietario della cosa, o almeno se aveva contestato la lite a proprio nome l. 7, ff *eod.*, perchè la principale ragione di questo giuramento era che iniquo sembrava che il proprietario contro la sua volontà e per dolo e malizia dell'avversario dovesse perdere la propria cosa e riceverne soltanto il nudo prezzo l. 70, *et seqq.* ff *de rei vindic.*, l. 25, § 1, ff *solut. mat.* Questo giuramento si poteva deferire ai minori, ai tutori, e curatori, non però alla madre tutrice, nè agl'impuberi l. 4, *prin.* ff *de in litem uran*: sembra ancora che non vi fosse ostacolo alcuno per deferirlo all'erede di quegli cui poteva essere deferito, pur-

li, per rendere compiuto il suo convincimento (1).

Il giuramento che una delle parti abbia deferito all'altra, per farne dipendere la decisione della contestazione, non debbe riguardarsi come un giuramento suppletorio, quantunque non sia stato deferito che con conclusioni sussidiarie.

1. Il giudice non è autorizzato a deferire il giuramento suppletorio che sotto le due condizioni seguenti. Bisogna: 1. che la dimanda o l'eccezione non sia pienamente provata; 2. che essa non sia totalmente mancante di pruova. Art. 1321. Sarebbe così, anche quando l'una delle parti avesse provocata la delazione d'un simile giuramento (2).

Il carattere del principio di

secondo non la comune opinione dechè avesse giurato non secondo l'affezione del defunto, ma secondo la propria; e se non voleva giurare, doveva il giudice stimare la cosa secondo il suo vero valore l. 71, ff *de rei vindic.* All'opposto non si poteva deferire contro l'erede di colui contro cui si sarebbe potuto deferire, perchè siccome questo giuramento si dava in pena di chi per dolo non voleva restituire o mostrare la cosa altrui l. 8, ff *de in lit. jur.*, l. ult. ff *de fidejuss.*, così non poteva deferirsi contro l'erede, il quale non succedeva nelle pene *l. p.* ff *de oper. nov. nunciat.*, a meno che la lite non fosse stata contestata col defunto l. 4. *Cod. de in lit. jur.*, o l'erede non fosse stato in dolo l. 1, l. 2, l. 3. l. 4, l. 5, *Cod. eod.*, l. 4, ff *de fidejuss. et nominat. et haered. tut.* Lo stesso si usava riguardo al fidejussore, il quale non poteva essere condannato a pagare più del valore reale della cosa se non quando egli era in dolo, nel qual caso poteva contro di lui deferirsi il giuramento di affezione l. ult. ff *de fidejuss. et mandat.*

Aveva luogo questo giuramento in tutti i giudizii di buona fede ed arbitrarii, nei quali si trattava di restituire, o di mostrare una qualche cosa, come ne somministrano esempii le ll. 2, 5, 8, ff *de in lit. jur.*, l. 68, ff *de rei vind.*, l. 7, *in fin.*, ff *si servit. vind.*, l. 5, ff *depositi*, l. 3 § 2, ff *commodati*, l. 16, § 3, ff *de pignor. et hypoth.*, l. 18, ff *de dolo*, l. 25, § 1, ff *solut. mat.* Non così in quei giudizii ne' quali trattavasi non di restituire o di mostrare una qualche cosa, ma di detrazione, o d'indennità; lo che accadeva nell'azione *emti*, nelle azioni contrarie del commodato, del deposito e simili l. 5, ff *depositi*, nè tampoco nei giudizii di stretta ragione, nei quali se al giudice non era bastantemente facile di determinare il valore della cosa, si ricorreva al giuramento di verità *arg.* l. 5, *prin. et* § ult., l. 6, ff *de in lit. jur.*

(1) Forse a torto i compilatori del Codice hanno conservato l'uso del giuramento suppletorio il quale presenta un inconveniente ben grave, in quantochè dà al giudice il potere di trasportare, di sua privata autorità, dal demanio del dritto in quello della coscienza, la decisione della lite.

(La santità del giuramento non permette al giudice di deferirlo senza una assoluta necessità, e principalmente allorchè tutti i mezzi da giustificare pienamente ed altrimenti la domanda non sieno stati esauriti. Brusselles, 26 gennaio 1826, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

* (2) *Dritto romano.*—Il giudice non poteva deferire il giuramento *suppletorio* ad uno dei litiganti, tanto a di lui istanza quanto senza, se non nei casi dubbii per insufficienza di pruove, e con cognizione di causa

pruova, necessario per autorizzare il giudice a deferire il giuramento suppletorio, varia secondo la natura del fatto sul quale sia appoggiata la dimanda o l'eccezione. Nel caso di un fatto suscettivo di essere provato per testimonii, il giudice può, sul fon-

l. 31 ff *de jure jur.*, l. 3, *Cod. de reb. cred*,

Disputavano i dottori per determinare quali fossero i casi dubbii e quali no. Gli uni, e fra questi principalmente Duareno, Donello, Fabro ed Einecclo, sostenevano essere quelli i casi dubbii, ne' quali l'attore aveva pruovato pienamente la sua azione ed il reo la sua eccezione; gli altri, tra i quali particolarmente Oinotomo, Wisembechio, Vinnio e Voel, hanno detto i casi dubbii essere quelli, ne' quali o l'uno o l'altro dei litiganti aveva dato una semipiena pruova della sua intenzione. L'opinione di questi ultimi sembra la più probabile, poichè è vero che il non pruovare perfettamente era lo stesso che il non pruovare in alcuna maniera l. 6, ff *qui satisdar. cog.*, di onde veniva che il reo doveva assolversi per la regola *actore non probante reus absolvitur*, l. 4, l. 6, l. 12, in fin., l. 15, l. 18, § 1, l. 21, l. 22, l. 23, ff l. 1, *Cod. de probat.*, l. 4, *Cod. de edendo*: ma eglino non pretendevano già che la semipiena pruova data dall'attore o dal reo fosse sufficiente, o per secondare la domanda del primo, o per assolvere il secondo; dicevano che una tal semipiena pruova poteva integrarsi col giuramento suppletorio, ed avere così una piena pruova in favore di uno dei litiganti onde secondare la sua istanza. Dal che si comprende di leggieri che gli avversarii non hanno bene conosciuto il punto della quistione; conciossiachè non si tratta di sapere se una semipiena pruova potesse bastare per sentenziare in favore di chi la dava, ma bensì di sapere se le romane leggi ammettessero il giuramento suppletorio ad effetto di formare una piena pruova in favore di chi ne aveva dato soltanto una semipiena, e sembra a noi come sembra alla più parte dei giureconsulti che lo ammettessero, specialmente le citate ll. 31 ff *de jure jur.* e 3 *Cod. de reb. creditis*. D'altra parte l'opinione degli avversarii pare contraria al diritto romano, perchè se il reo provava pienamente la sua eccezione doveva essere assoluto, senza aver bisogno di ricorrere al giuramento suppletorio, non ostante che l'attore avesse provato pienamente la sua azione, e ciò per la ragione che appunto la forza delle eccezioni era quella di escludere le azioni *arg.* l. 9, *Cod. de except. et tot. tit. instit. de except.*, l. 1, ff *eod.*, l. 112, ff *de reg. jur.*

Che che ne fosse di questa quistione, egli è certo che in tutti i tribunali si usava di deferire il giuramento suppletorio a quello dei litiganti, il quale aveva dato una semipiena pruova. Che se ambi i litiganti avevano dato una prova incompleta, il giuramento si deferiva a quegli che avea dato maggior pruova del suo avversario, ben inteso per altro che dovevasi eziandio considerare chi dei due litiganti fosse il più degno di fede, lo che era lasciato al prudente arbitrio del giudice.

Non in tutte le cause però si ammetteva il giuramento suppletorio; imperciocchè si escludevano le cause criminali, e generalmente tutte le cause civili che erano ardue, e di somma entità, a meno che, oltre alla semipiena pruova, non vi fosse stato anche qualche indizio o congettura, nel qual caso volevano i prammatici che anche in queste cause il giudice potesse deferire il giuramento suppletorio.

damento di semplici presunzioni, ed in mancanza di ogni principio di pruova scritta, deferire il giuramento suppletorio. Se, per contrario, la pruova testimoniale del fatto messo in contestazione non sia ammissibile senza principio di pruova scritta, il giudice non può deferire il giuramento suppletorio, se non in quanto esista un principio di pruova di questo genere (1), o in quanto, con una disposizione speciale, la legge abbia dichiarato il tale o il tal altro indizio sufficiente per autorizzare la delazione di un simile giuramento. Quindi risulta, per esempio, che in una contestazione avente per oggetto la rimborsazione di un mutuo maggiore di 50 ducati, il giudice non può deferire il giuramento suppletorio all'attore, il quale non produca, in appoggio della sua dimanda, se non i suoi libri domestici (2); mentrechè, se la dimanda versi sul pagamento di somministrazioni fatte da un mercante ad una persona non commerciante, il giudice è autorizzato a deferire il giuramento suppletorio all'attore, la cui dimanda sia appoggiata da libri di commercio regolarmente tenuti (3). Ne risulta altresì, che in materia commerciale, il giudice può deferire il giuramento suppletorio sul fondamento di semplici presunzioni (4).

2. Il giuramento suppletorio può essere deferito all'una o all'altra delle parti (5). Art. 1320. Il giudice è autorizzato a dare in ordine a ciò la preferenza a quella delle parti la quale, pei suoi antecedenti, gli sembri meritare maggior fiducia (6); eccetto se, per una data ipotesi, la legge abbia essa medesima designata la parte a cui il giuramento debba essere deferito (7). Nondimeno, essendo d'altronde tutte le cose uguali, sembra che il giuramento debba essere deferito a quella delle parti la quale produca un principio

(1) Bonnier, n. 324.
(2) Conf. art. 1285.
(3) Conf. art. 1283.
(4) Civ. rig. 9 novembre 1831, Sir. XXXII, 1, 10. Conf. Ric. rig. 22 gennaio 1828, Sir., XXVIII, 1, 238.
(5) Ma non può esserlo ad una persona la quale non fosse parte nella causa. Nondimeno, la corte di cassazione ha giudicato (civ. rig. 10 maggio 1842 Sir., XLII, 1, 635), che il giuramento suppletorio possa essere deferito al marito sopra un fatto a lui personale, anche quando egli non figuri nel giudizio che per autorizzare la moglie. Ma questo arresto, il quale è stato pronunziato in una specie in cui il giuramento non versava sopra un fatto decisivo, ed era stato prestato all'udienza medesima senza opposizione dell'altra parte, ci sembra difficile a conciliarsi con la natura del giuramento; e noi crediamo tanto meno doverlo ammettere, in quantochè la facoltà accordata al giudice di deferire un giuramento suppletorio è un potere esorbitante, per l'esercizio del quale egli dee strettamente rinserrarsi tra i limiti tracciati dal testo della legge.
(6) Duranton, XIII, 616. Bonnier, n. 325.
(7) Conf. Codice di commercio, art. 23. Duranton. XIII, 619, Bonnier, *luogo cit.*

di pruova in appoggio della sua dimanda o della sua eccezione (1).

3. A differenza del giuramento decisorio, il giuramento suppletorio può essere deferito sopra fatti non personali alla parte che debba prestarlo, ma dei quali ella abbia dichiarato di aver conoscenza (2). Da un altro canto, il giudice può anche deferire di ufficio un giuramento di *credenza*, nel caso in cui le parti sieno esse medesime autorizzate a deferire un simile giuramento (3).

Non è necessario che il giuramento suppletorio versi sopra fatti, l'esistenza o l'inesistenza dei quali importi la decisione della lite (4). Esso può essere deferito sopra un fatto da cui risulterebbe una presunzione di natura tale, da corroborare altre presunzioni acquistate di già nel giudizio (5).

4. La delazione di un giuramento suppletorio dev'essere riguardata sol come un mezzo di istruzione ordinato dal giudice per rendere compiuto il suo convincimento. Adunque, un somigliante giuramento differisce in un modo essenziale dal giuramento decisorio, il quale equivale ad una transazione. Da ciò derivano, tra le altre, le seguenti conseguenze:

1) Il giuramento suppletorio, deferito ad una delle parti, non può essere da costei riferito all'altra parte (6). Art. 1322.

2) Il giudice che abbia defe-

(1) Duranton, XIII, 616, 618 e 620. Bonnier, *luogo cit.*

(2) Toullier, X, 420, Zachariae figliuolo, *Dissertazione*, *Rivista di diritto francese e straniero*, 1843, e seg. Ric. rig. 8 dicembre 1832, Sir., XXXIII, 1, 113. Vedi in senso contrario: Favard, *Rep.* v. Giuramento.

(3) Conf. Rautier, *Corso di procedura civile*, § 134. Vedi in senso contrario: Toullier, X, 421; Zachariae figliuolo, *op. e luogo cit.*

(4) Se questa condizione è richiesta pel giuramento decisorio, egli è perchè esso non può essere deferito che a titolo di transazione. Tale condizione dunque non può applicarsi al giuramento suppletorio, il quale non forma che un semplice mezzo d'istruzione.

(5) Conf. Civ. rig. 10 maggio 1832, Sir. XXXII 1, 635.

** (6) Era dubbia quistione se la parte cui il giudice aveva deferito il giuramento suppletorio potesse riferirlo alla parte avversaria. Donello, Misingero, Vinnio e Voet sostennero la negativa: Fabro abbracciò l'affermativa, la quale ci sembra la meno probabile. A dir vero, sebbene Giustiniano dicesse nella *l. 12*, *Cod. de reb. creditis.* che il giuramento deferito in giudizio da una parte all'altra o dal giudice ad una delle parti doveva o prestarsi o riferirsi, per il che si sarebbe potuto riferire alla parte avversa anche il giuramento necessario dal giudice deferito, pure a questa sentenza noi non possiamo sottoscriverci, perchè resiste alla medesima la parola *referre* usata da Giustiniano nella sua costituzione, il significato della qual parola era che il giuramento si riferisse al deferente *l.* 34, § 7, 9, *ff de iureiur.*, lo che nel caso nostro sarebbe stato un assurdo, perchè il deferente era il giudice. A noi sembra pertanto ottima l'interpretazione di Vinnio quando disse che, comunque sembri aver Giustiniano parlato del giuramento necessario allorchè disse *vel ex auctoritate iu-*

rito un giuramento suppletorio non è ligato dalla sua sentenza, e può ritrattarla, se, prima di prestarsi il giuramento, egli acquisti, sia per mezzo della produzione di una pruova scoverta o ritrovata, sia in ogni altro modo, la certezza della verità o della falsità del fatto sul quale versi il giuramento (1).

3) La disposizione dell'articolo 1322, secondo la quale l'avversario di colui che abbia prestato un giuramento decisorio non è ammissibile a provarne la falsità, non è adattabile al giuramento suppletorio (2). Laonde la prestazione di un simile giuramento non forma per sè medesima verun ostacolo all'appello interposto contro la sentenza che l'abbia deferito, purchè non siavi stata, da parte dell'appellante, acquiescenza a tale sentenza. Quest'ultimo sarebbe autorizzato a provare, con tutti i mezzi legali, la falsità del giuramento prestato dal suo avversario: ed il giudice di appello potrebbe ancora, indipendentemente da ogni pruova in ordine a ciò, riformare la sentenza di prima istanza, deferendo allo appellante il giuramento che il primo giudice aveva deferito all'appellato (3).

Deesi riguardare come acche-

dicis unicuique parti illatum, pure il verbo *referre* non dovevasi credere relativo ad un tal giuramento, ma piuttosto al giuramento giudiziale nello stesso periodo da Giustiniano descritto colle parole *cum hoc a partibus factum fuerit, et a iudice approbatum*, onde evitare così un assurdo.

** In quanto poi al giuramento in lite, sia che fosse di verità, sia che fosse di affezione, se colui cui era dal giudice deferito non voleva giurare, il giudice faceva la stima *arg. l. 71 ff de rei vind., l. § 4 ult., l. 5 § 3 ff de in lit. jus.* E benchè sembri che tale giuramento dovesse necessariamente assumersi da quegli cui era deferito *l. ult. ff eod.*; nondimeno ciò si deve intendere in quanto che se non giurava, poteva soffrire qualche danno, perchè poteva essere che il giudice stimasse di meno, per essergli ignota qualche cosa.

(1) Bonnier, n. 328. Ric. rig., 10 dicembre 1723, Sir., XXIV, 1, 141. Limoges, 23 marzo 1825, Sir., XXVI, 2, 194. Tolosa, 3 luglio 1827, Sir., XXVIII, 2, 110.

(2) Conf. Crim. rig., 20 gennaio 1843, Sir., XLIII, 1, 659.

(3) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 928. Duranton, XIII, 613 e 623.

* Il giudice che può deferire il giuramento suppletorio per illuminarsi meglio, se dopo profferita la sentenza con cui lo ha ordinato giunge con nuovi elementi a procurarsi una piena convinzione, potrà dichiarare come non avvenuta la sentenza.

* Di che sorge, che prestato il giuramento e non essendo peranco profferita la sentenza intorno al merito, la parte, contro di cui ebbe luogo il giuramento, potrebbe con nuovi mezzi provarlo falso, dimostrare la sua domanda e guadagnare la causa.

* Il giuramento qui non ha nulla nè di transazione, nè di convenzione tra le parti, e quindi la legge non poteva riprodurre la regola, per la quale non può provarsi falso il giuramento decisorio.

* Profferita la sentenza diffinitiva, o anticipatamente, salvo a prestarsi il giuramento, o in conseguenza del giuramento prestato, la parte perdente, potrebbe far valere nuovi mezzi, o in appello, se fosse in tempo,

latasi alla sentenza che abbia deferito un giuramento suppletorio, la parte la quale, essendo stata regolarmente citata ad assistere alla prestazione di tal giuramento, lo abbia lasciato prestar senza fare alcuna riserva; poco importando che ella abbia o no assistito a tale prestazione (1). È lo stesso della parte la quale, trovandosi presente alla pronunziazione della sentenza con cui un giuramento suppletorio sia stato imposto al suo avversario, per essere prestato nella udienza istessa, abbia assistito alla prestazione di questo giuramento senza protesta nè riserva (2).

Del resto, allorchè la sentenza, la quale abbia ammessa una dimanda o una eccezione in conseguenza della prestazione di un giuramento suppletorio, sia passata in cosa giudicata, la parte che sia stata succumbente non è più ammessa a provare la falsità del giuramento prestato, in appoggio d'una dimanda di danni ed interessi proposta dinanzi ai tribunali civili, e neppure ad intervenire come parte civile in una persecuzione criminale diretta contro la sua parte avversa (3). Inoltre: ella non potrebbe della pretesa falsità del giuramento fare in suo pro un mezzo di ricorso civile onde dimandare la ritrattazione di questa sentenza (4).

o domandando i danni-interessi, e provando falso il giuramento con una azione principale nel civile, ovvero costituendosi parte civile in un giudizio intentato dal Ministero pubblico. La dottrina erronea di Duranton quanto al giuramento decisorio, da noi confutata sotto l'articolo 1336 (1290), sarebbe esattissima, riguardo al giuramento suppletorio, che non ha nulla della transazione, e può esser provato falso.

* Da ultimo, nel caso stesso in cui la parte perdente non avrebbe altre pruove, i giudici di appello (se la sentenza fosse di prima istanza) potrebbero, diversamente che i primi giudici, valutar lo affare, o trovando abbastanza convincenti i mezzi della parte che avea prima perduto, e dandogli per vinta la causa senza bisogno di alcun giuramento, ovvero deferendo il giuramento suppletorio alla medesima parte, contraria a quella che in prima istanza l'avea prestato.

(1) Toullier, X, 425. Parigi, 24 agosto 1810, Sir., XIV, 2, 238. Rennes, 27 agosto 1812, *Pasicrisie belga* sotto questa data. Montpellier, 14 novembre 1832, Sir. XXXIII, 2, 383. Montpellier, 9 ag. 1840, Sir., XLII, 2, 496. Vedi in senso contrario; Carrè, *Leggi della procedura civile*, I, 521; Bourges, 12 maggio 1841, Sir., XLII, 2, 498.

(2) Ric. rig., 8 giugno 1819, Sir., XX, 1, 104. Bordeaux, 12 gennaio 1836, Sir., XXXVI, 2, 222. Vedi in senso contrario; Bordeaux, 30 gennaio 1833, Sir., XXXIV, 2, 20. Limoges, 3 gennaio 1844, Sir., XLIV, 2, 636.

(3) In questa ipotesi, come in quella della prestazione di un giuramento decisorio, sarebbe d'uopo, onde stabilire l'esistenza di un giudizio cagionato dal falso giuramento, rinnovare la disputa originaria. Or ogni discussione novella su questo punto trovasi irrevocabilmente eliminata dall'autorità della cosa giudicata.

(4) Il dolo personale della parte, in pro della quale una sentenza sia stata pronunziata, è bene, giusta l'art. 54 del Codice di procedura, un motivo di ricorso per ritrattazione; e se

5. Allorchè la parte, alla quale sia stato deferito un giuramento suppletorio, venga a morire prima di averlo prestato, e senza essere stata costituita in mora a prestarlo, la sentenza che abbia ordinata la prestazione del giuramento dee considerarsi come non avvenuta, e 'l giudice può, sia decidere la contestazione secondo i documenti prodotti in giudizio, sia deferire un giuramento suppletorio all'altra parte, o un giuramento di *credenza* agli eredi del defunto (1).

789. Del giuramento *in litem*.

Allorchè una dimanda abbia per oggetto la restituzione d'una cosa che non possa più essere restituita in ispecie, ed essendo la dimanda giustificata in sè medesima, non rimanga che a determinare il valore di questa cosa, e questo valore non sia suscettivo di essere comprovato col soccorso di alcun altro mezzo di pruova (2); il giudice è autorizzato, per fissare un tal valore, a deferire il giuramento all'attore.

Il giudice, usando di questa facoltà, dee determinare la somma fino alla concorrenza della quale si presterà fede all'attore sul suo giuramento. Art. 1323.

Nel fissare questa somma, il giudice dee prendere in considerazione solamente il valore della cosa, la restituzione della quale formi l'oggetto della dimanda, e non già il prezzo d'affezione che questa cosa avesse per l'attore; salvo il far entrare nel suo estimo il danno reale che la mancanza della restituzione in ispecie possa fargli risentire (3).

Del resto, se il giudice non possedesse gli elementi necessarî per la estimazione che egli è incaricato di fare, potrebbe avere ricorso ad una pruova per pubblica fama (4).

Il giuramento *in litem* costitui-

colui, al quale s'imputi di aver prestato un falso giuramento, avesse adoperate delle macchinazioni fraudolente per farselo deferire, non vi ha dubbio alcuno che il suo avversario sarebbe ammessibile ad impugnare, per via del ricorso per ritrattazione, la sentenza renduta in suo pregiudizio. Ma, in mancanza di somiglianti macchinazioni, la sola prestazione di un falso giuramento non costituisce punto un dolo personale nel senso del citato articolo; perchè essa non è, in conclusione, che una menzogniera allegazione fatta sotto la fede del giuramento. D'altronde, nell'ipotesi medesima in cui la sentenza diffinitiva non fosse stata pronunziata che dopo la prestazione del giuramento preteso falso, non potrebbesi dire che questa sentenza sia unicamente basata su questo falso giuramento, il quale non ha fatto che rendere compiuta la convinzione del giudice: e ciò è bastevole per eliminare l'applicazione del n. 1 dell'art. 544 del Codice di procedura il quale suppone che il dolo personale della parte, in pro di cui sia stata pronunziata la sentenza impugnata col ricorso per ritrattazione, si trovi essere il motivo determinante di questa sentenza.

(1) Limoges, 12 marzo 1839, Sir., XL, 2. 24.

(2) Conf. Favard, *Rep.* v. Giuramento, sez. III, § 2, n. 17. Ric. rig. 8 dicembre 1807, Sir., VIII, 2, 455.

(3) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 930. Toullier, X, 437 e 439. Duranton, XIII, 627 e 628.

(4) Favard, *op. e v. luogo cit.* n. 16. Toullier, X, 440.

sce, come il giuramento suppletorio, soltanto un mezzo d'istruzione. Risulta da ciò da un canto, che esso non può essere riferito da colui a cui sia stato deferito. Art. 1322. Ne risulta, da un altro canto, che il giudice, il quale, deferendo un simile giuramento, abbia determinata la somma fino alla concorrenza della quale potrebbe essere prestato, non è ligato da questa determinazione, ed egli è autorizzato ad aumentarne o a diminuirne la cifra, se, prima della prestazione del giuramento, l'una o l'altra delle parti gli sommetta dei documenti di tale natura, da dare motivo alla modificazione della sua prima sentenza. Ne risulta in fine, che il giudice di appello avrebbe, malgrado la prestazione del giuramento, il potere di diminuire l'ammontare della condanna, se la parte condannata giugnesse a provare l'esagerazione.

III. DELL'AUTORITA' DELLA COSA GIUDICATA

790. *Dell'autorità della cosa giudicata.* — *1. Delle sentenze da cui risulta la cosa giudicata.—2. Delle condizioni richieste per costituire la cosa giudicata.—1) Dell'identità delle parti.—2) Dell'identità dell'oggetto.— 3) Dell'identità della causa.— 4) Specialità relative alla influenza delle sentenze pronunziate in giudizio penale quanto agli interessi civili.—3. Degli effetti della cosa giudicata.*

790. Dell' autorità della cosa giudicata (1).

Intendesi per cosa giudicata ogni punto di fatto o di diritto deciso da una sentenza la quale non fosse, di sua natura, suscettiva di essere impugnata per una via ordinaria di gravami, o la quale abbia cessato di esserlo per effetto dello spirare dei termini fissati per l'esercizio di tali gravami (2).

1. Delle sentenze da cui risulta la cosa giudicata.

L'autorità della cosa giudicata risulta solamente da sentenze rendute da una giurisdizione nazionale. Quindi, le sentenze pronunziate da tribunali stranieri non godono, per sè medesime, nel regno, dell'autorità della cosa giudicata.

Le sentenze arbitrali, rivestite dell'ordinanza di *exequatur*, importano cosa giudicata, poco montando che esse sieno state rendute nel regno o in paese straniero (3).

L'autorità della cosa giudicata è annessa solamente alle sentenze rendute in materia di giurisdizione contenziosa. Gli atti di giurisdizione onoraria non sono suscettivi di passare in cosa giudicata. Egli è così soprattutto delle sentenze e delle decisioni che

(1) Vedi: Brackenhoeft, Gottinga. in 8.° 1839.

(2) Merlin, *Rep.* v. Cosa giudicata, *in princ.*

(3) Conf. Codice di procedura civile, art. 1096; Duranton, XIII, 460.

ammettano un'adozione, e di quelle che permettano l'alienazione di un immobile dotale, e che omologhino un parere del consiglio di famiglia autorizzante la riduzione di un'ipoteca legale (1).

La cosa giudicata non risulta che da sentenze diffinitive, o da sentenze interlocutorie propriamente dette, cioè, da pronunziazioni che leghino il giudice, dal quale emanano, sia in un modo assoluto ed in tutte le loro parti, sia per lo meno sotto certi rapporti ed in quanto ad uno o a più punti determinati (2). Le sentenze provvisorie (3) e quelle semplicemente preparatorie (4) non hanno l'autorità della cosa giudicata (5).

Una sentenza non ha l'autorità della cosa giudicata, se non in quanto sia stata renduta in contraddizione ed in ultima istanza, ovvero in quanto, essendolo stata in contumacia o in prima istanza soltanto, non sia più suscettiva di essere impugnata per via dell'opposizione o dell'appello (6). Ma la circostanza che una sen-

(1) Caen, 18 dicembre 1837, Sir., XXXIX, 2, 186; Caen, 12 giugno 1842, XLII, 2, 462; Civ. rig. 3 giugno 1834, Sir., XXXIV, 1, 434.

(2) Conf. Merlin, *Rep.* v. Interlocutoria, n. 2; v. Pruova, sez. II, § 3, art. 1, n. 32. *Quist.* v. Cosa giudicata, § 1; v. Interlocutoria, § 2; Toullier, X, 116, 117 e 118. Duranton, XIII, 453, Civ. cass., 12 germile anno IX, Sir., I, 2, 303. Ric. rig. 15 giugno 1831, Sir. XXXII, 1 214. Ric. rig. 18 aprile 1832, Sir., XXXII, 1, 465. Civ. cass., 13 marzo 1833, Sir. XXXIII, 1, 631. Noi ci asterremo dallo indicare i caratteri pe' quali le sentenze interlocutorie propriamente dette si distinguono dalle sentenze semplicemente preparatorie, e dallo spiegare la massima che *l'interlocutoria non liga il giudice*. Queste materie si appartengono più particolarmente alla procedura civile.

(3) Pothier, *delle Obbligazioni* II, 851. Duranton, XIII, 451, Toullier, X, 95. Ric. rig., 27 febbraio 1812, Sir., XII, 1, 249. Ric. rig. 26 giugno 1816, Sir., XVI, 1, 433.

(4) Toullier, X, 96. Duranton, XIII, 452. Civ. cas. 27 febbraio 1838, Sir., XXVIII, 1, 216. Ric. rig. 2 luglio 1839, Sir., XXXIX, 1, 845. Ric. rig., 20 agosto 1839, Sir., 1, 239. Ric. rig., 4 gennaio 1842, Sir., XLIII, 1, 349. Conf. nondimeno: Civ. rig., 12 gennaio 1836, Sir., XXVI, 1, 29.

* (5) Conf. su questa materia il 4º comma dell'art. 133 delle LL. di pr. civ. che costituisce una disposizione novella del nostro legislatore, e di cui eccone i termini. « In generale le sentenze preparatorie, interlocutorie, ed anche le provvisionali dei giudici di circondario, non sono mai di pregiudizio nella definitiva: non rimanendo in alcun modo il giudice da esse ligato, potrà sempre riformarle o rivocarle quando pronunzierà definitivamente in merito, quantunque sieno state eseguite dalle parti » Conf. pure il 3 comma anche nuovo, dell'art. 515 delle dette LL. di pr. civ. che applica la stessa disposizione alle sentenze de' tribunali civili.

(6) Toullier, X, 97 e seg. Duranton, XIII, 454 e seg. Conf. Ordinanza del 1667, tit. XXVII, art. 5. Pothier *op. cit.* II, 852 ed 853.

* La sentenza di prima istanza non appellata, e la contumaciale non opposta formano da ora cosa giudicata. Duranton (XIII, 150 454, 435) e Zachariae (V, nel testo) insegnano il contrario, spiegando non esservi co-

tenza possa tuttavia essere impugnata con un gravame straordinario, e l' esercizio stesso di un simile gravame, non impediscono

sa giudicata nella sentenza che *può essere* appellata ovvero opposta, quantunque non lo fosse stata ancora. Gli è un errore confutato insieme dalla ragione, dai testi e dalla autorità di Pothier che mal si allega in sostegno della loro dottrina. Dapprima, non esservi cosa giudicata importa non esservi sentenza; ora è certamente una sentenza quella che può solo impugnarsi con l' appello o con la opposizione. Interposto l'appello non v'è più sentenza, poichè con esso tutto ritorna in quistione; ma finchè l'appello non v'è, sebbene può esservi, il punto deciso dalla sentenza, non essendo rimesso in quistione, è cosa giudicata per ora. Dippiù l'ordinanza del 1667 (tit. 16, art. 5) pareggiava qui le sentenze « profferite in ultima istanza » a quelle *non appellate* ovvero di cui l' appello non è stato ammissibile; e Pothier spiegava che « fino a quando v'è appello, le sentenze, come quelle profferite in ultima istanza, hanno una specie di autorità di cosa giudicata che dà il dritto di poterle eseguire, e forma una sorta di presunzione *juris et de jure*, che esclude dal poter nulla proporre contro di essa finchè non è stato interposto l'appello; » che soltanto « questa autorità e la presunzione che ne deriva sono momentanee, e si distruggono con l'appello ».

* Cotesto errore di Duranton e Zachariae deriva dal confondere i varî significati delle parole *autorità di cosa giudicata*. Volendosi conoscere se uno sia veramente stretto, in guisa che a suo grado o mal suo grado debba subire l' esecuzione della sentenza, non vi è autorità di cosa giudicata finchè egli sia libero di rimettere tutto in quistione; ma volendosi sapere, come nel nostro articolo, se si deve da ora tenere la sentenza come non fatta, e riguardare il punto litigioso come insoluto per ora, non basta più la facoltà di rimetterlo in quistione, ma è necessario che di fatti vi sia rimesso; nel primo caso basta che si possa appellare, nel secondo bisogna che l'appello sia fatto.

* La espressione di *cosa giudicata* ha dunque varî sensi (tre come vedremo) che non bisogna confondere. Bonnier lo ha compreso, ma ne fa una falsissima applicazione, lontana dal vero, anche più della dottrina di Duranton e di Zachariae: egli insegna (numero 680) che l'espressione, anzichè significare qui, come dicono questi due scrittori, la impossibilità di impugnare la sentenza coi mezzi ordinarî (l'appello e l' opposizione), ha un senso più rigoroso e significa l' impossibilità di qualunque rimedio ordinario o straordinario. In questo sistema la cosa giudicata, quale è intesa dai nostri articoli, esisterebbe solo nella decisione contro cui non si potrebbe aver più alcun rimedio; mentre è incontrovertibile e incontroverso che non solo la possibilità di un rimedio straordinario (come un ricorso in cassazione) ma anche lo esercizio effettivo di esso ricorso non muta in nulla la forza giuridica della sentenza, che resta pienamente efficace finche non è stata annullata.

* Quindi la espressione di *cosa giudicata* ha tre significati. In quello più comune e che sta di mezzo fra i due estremi, significa la decisione contro di cui non può aversi alcun mezzo ordinario, ma che può essere impugnata, e forse lo è stata con un mezzo straordinario, il quale, non modificando al presente la efficacia, può appresso annullarla. In un senso più rigoroso indica la decisione che non può essere impugnata da alcun rimedio ordinario o straordinario; in un altro men rigoroso in-

che questa sentenza abbia l'autorità della cosa giudicata (1).

La cosa giudicata non risulta dalle considerazioni, ma soltanto dal dispositivo delle sentenze (2). E però, sebbene le considerazioni esprimano, relativamente ad un punto qualunque della contestazione, una opinione esplicita e formale, pure non vi ha cosa giudicata su questo punto, se non in quanto una disposizione della sentenza ne abbia pronunziata la ammissione o il rigettamento (3).

dica la decisione che può essere impugnata con un rimedio ordinario, ma che per anco non lo è stata. Quindi tre gradi nella cosa giudicata; o la cosa è giudicata in modo assolutamente irrevocabile, ovvero può essere rivocabile con qualche mezzo straordinario, ma non già con ordinario, o in modo da poter essere revocata anche con un rimedio ordinario, e allora cesserà di essere giudicata e tornerà in quistione, appena il rimedio sarà proposto contro di essa senza aspettarne l'evento. Or vuolsi dalla ragione, non che da Pothier e dall'ordinanza del 1667 che, perchè la cosa giudicata la quale conserva al presente tale sua qualità è necessariamente una rerità legale, i sopraindicati gradi di forza si possono solo distinguere quanto all'avvenire e per la facilità minore o maggiore con cui si può far cadere la presunzione; ma per il presente una proposizione essendo *res judicata*, deve senza alcuna distinzione *pro veritate haberi*.

* Pertanto l'espressione di *cosa giudicata* non ha nel nostro articolo nè il senso intermedio e troppo rigoroso che le danno Zachariae e Duranton, nè quello anche più rigoroso di Bonnier. Essa comprende la cosa giudicata dell'ultima, quanto delle due prime classi. Opponendo alla vostra domanda una sentenza, anche revocabile per via ordinaria, da cui è stata già respinta, essa è sempre contro di voi un mezzo d'inammessibilità insuperabile fino a che non vi opponete (se dessa è contumaciale) ovvero ne appellate (se è di prima istanza), e con tali mezzi soltanto voi potete far venire meno l'autorità della cosa giudicata.

(1) Toullier, X, 100. Duranton, XIII, 457 e seg.

(2) (Brusselles, cass. 6 novembre 1833. *Giur. di B.* 1834, p. 211.

— La cosa giudicata non può risultare che dal dispositivo, e non dai motivi solamente di una decisione giudiziaria. Se dunque il dispositivo altro non faccia che rigettare la prescrizione opposta ad una petizione di eredità, con ingiunzione di proseguire a litigare, non vi ha cosa giudicata sul merito della domanda, quando anche i motivi enunciassero che il possessore non fosse che usufruttuario della sarcessione, e che questa dovesse ritornare a' reclamanti come eredi del proprietario. Brusselles, cass., 23 marzo 1835, *Bullettino della cassazione*, 1835. 322).

(3) Civ. cass. 5 giugno 1821. Sir. XXI. 1, 341. Ric. rig. 21 dicembre 1830, Sir. XXXI, 1. 152. Bourges, 23 agosto 1832, Sir. XXXIII. 2. 414. Ric. rig. 9 gen. 1838, Sir., XXXVIII, 1. 559. Civ. rig. 23 luglio 1839. Sir. XXXIX, 1, 560. Ric. rig. 8 giugno 1842, Sir., XLII, 1. 844.

(Allorchè un punto differenziale sia stato espressamente sottoposto alla decisione di una corte, e questo punto trovisi direttamente deciso nelle considerazioni della pronunziazione, vi ha decisione, benchè questa non sia testualmente riprodotta nel dispositivo; e tale conseguenza dev'essere necessariamente ammessa allorchè l'oggetto del dispositivo della pronunziazione presupponga una de-

Il dispositivo di una sentenza non ha l'autorità della cosa giudicata, se non che relativamente ai punti che vi si trovino decisi, e non riguardo a quanto vi sia semplicemente indicato in forma di enunciazione (1). Per tal modo, a cagion di esempio, una sentenza che, sulla dimanda di un creditore, condanni il debitore agl' interessi degl' interessi già scaduti di un capitale (2) il cui ammontare vi sia enunciato, non ha l'effetto della cosa giudicata in ordine alla quantità di questo capitale (3). Per tal modo ancora, una sentenza che accordi alimenti all' attore, in qualità di padre o di figlio del reo convenuto, non ha l'autorità della cosa giudicata in ordine alla quistione di paternità o di filiazione, allorquando tale quistione, non avendo formato l' oggetto di conclusioni rispettivamente prese dalle parti, non sia stata elevata come pregiudiziale, e decisa con una disposizione speciale ed esplicita della sentenza (4).

Ma ciò che sia stato giudicato incidentemente, sopra conclusioni formali prese dalle parti, ha l'effetto della cosa giudicata, al pari di ciò che sia stato deciso principalmente. Per tal guisa, la sentenza pronunziata sopra una quistione di stato, proposta incidentemente come pregiudiziale, sia alla dimanda, sia alla eccezione, ha l'autorità della cosa giudicata, ugualmente che se la quistione fosse stata proposta per via di azione principale (5).

Da un altro canto, la cosa giudicata può risultare da una decisione semplicemente implicita, purchè questa decisione sia una conseguenza necessaria di una disposizione espressa. Per tal modo, una sentenza, la quale dichiari valide delle procedure fatte in esecuzione di un titolo, ha l'au-

cisione sugli altri punti trattati nelle considerazioni. Gand, 11 agosto 1840. *Gior. di B.* 1842, 231).

Se i motivi di una sentenza non hanno l'effetto della cosa giudicata, essi possono e debbono nondimeno esser presi in considerazione per l'intelligenza e per la interpetrazione del dispositivo della sentenza, allorchè i termini ne' quali questo dispositivo sia conceputo presentino qualche oscurità.

(Allorchè risulti evidentemente dalle considerazioni di una sentenza, che il giudice abbia riguardata come non fondata una eccezione proposta, benchè il dispositivo di questa medesima sentenza, col quale è statuito sul merito, sia silenzioso sulla eccezione, dee reputarsi che il giudice l'abbia implicitamente rigettata. Bruxelles, 3 marzo 1825, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(1) Vedi, intorno a questo principio in sè medesimo, e sopra differenti modificazioni che esso ha ricevuto: Civ. cass. 18 maggio 1835, Sir. XXXV, 1, 712; Ric. rig. 20 marzo 1832, Sir., XXXIII 1, 304. Ric. rig. 4 febbraio 1833, Sir. XXXIII, 1, 440. Vedi altresì le autorità citate nelle due seguenti note.

* (2) Si tenga presente che l'anatocismo è presso noi proibito.

(3) Ric. rig., 25 agosto 1829, Sir., XXIX, 1, 353.

(4) L. 5, § 9, D. *de Agnosc. lib.* 25. 3. Toullier, X, 228 e 229.

(5) Duranton, XIII, 483. Civ. cass., 31 dicembre 1834, Sir. XXXV, 1, 545.

torità della cosa giudicata sulla validità e sull'efficacia di questo titolo (1). Per contrario, la sentenza la quale, sopra un'azione di rivendicazione, respinga l'attore, pel solo motivo che egli non abbia giustificato il suo dritto di proprietà, non ha l'autorità della cosa giudicata in quanto alla quistione di sapersi se il convenuto sia proprietario; di modo che, se l'antico attore sia poscia divenuto possessore della cosa, e l'antico reo convenuto istituisca alla sua volta contro di lui un'azione di rivendicazione, quest'ultimo non può prevalersi della sentenza renduta nel primo giudizio (2).

Del resto, per quanto estesi o assoluti sieno i termini del dispositivo di una sentenza, la cosa giudicata deve, in generale, essere ristretta ai punti che avevano formato l'oggetto delle conclusioni delle parti (3).

Una sentenza, benchè pronunziata da un giudice incompetente, anche *ratione materiae*, o benchè nulla per difetto di forma, non ha meno l'autorità della cosa giudicata, se essa non sia più suscettiva di essere impugnata per la via dell'opposizione o dell'appello (4).

2. Delle condizioni richieste per costituire la cosa giudicata.

Affinchè una sentenza abbia la autorità della cosa giudicata, relativamente ad una nuova dimanda, in occasione della quale essa sentenza venga invocata, è necessario il concorso di tre condizio-

(1) Civ. cass., 4 dicembre 1837, Sir., XXXVIII, 1 319. Vedi altresì: Ric. rig., 23 gennaio 1837, Sir., XXXVIII, 1, 225; Civ. rig. 28 novembre 1843. Sir., XLIV, 1. 53.

(2) Sarebbe altrimenti, se, sopra una eccezione proposta dal convenuto nel giudizio di rivendicazione, come sarebbe, per esempio, l'eccezione di prescrizione, esso convenuto fosse stato formalmente riconosciuto proprietario della cosa rivendicata. Confr. LL. 15 e 30, § 1, D. *de Except. rei iud.* 44, 2.

(3) *In tantum iudicatum in quantum litigatum.* Civ. rig., 27 agosto 1817, Sir., XVII, 1, 386. Civ. cass., 7 luglio 1841, Sir., XLI, 739. Civ. rig. 28 novembre 1843, Sir., XLIV, 1, 53.

(4) Vedi, quanto alle sentenze pronunziate da giudici incompetenti: Merlin, *Quist.*, v. Cosa giudicata. § 3; Carrè, *dell'Obbligazione giudiziaria*, n. 335; Toullier, X, 124; Civ. cass., 26 termidoro anno IV, Sir., XX, 1, 470; Civ. cass., 17 brumale anno XI, Sir., VII, 2, 827; Civ. cass., 1 aprile 1813, Sir., XIII, 1, 311. Vedi, quanto alle sentenze nulle per difetto di forma: Toullier, X, 113 e seg.; Carrè, *op. e luogo cit.*; Ric. rig., 3 fiorile anno XIII, Sir., V, 2, 193; Brusselles, 7 gennaio 1808, Sir., X, 2, 502.

(L'incompetenza per ragione della materia non è una eccezione che possa sempre essere proposta, senza riguardo neppure all'autorità della cosa giudicata. Liegi, 10 novembre 1841, *Giur. di B.*, 1842, e 1843: Brusselles, cass., 11 luglio 1836 e 26 gennaio 1843, *Giur. di B.*, 1837, e 1843.

—Una decisione amministrativa sopra una quistione di proprietà o d'interesse civile non può dar luogo ad una eccezione di cosa giudicata, e formare ostacolo che il creditore intenti la sua azione dinanzi a' tribunali competenti. Brusselles, 15 gennaio 1840, *Giur. di B.*, 1840).

ni. Queste condizioni sono: 1. l'identità giuridica delle parti; 2. l'identità dell'oggetto; e 3. l'identità della causa. Artic. 1305.

1) Dell'identità delle parti.

Una sentenza non ha l'autorità della cosa giudicata, se non riguardo alle parti le quali sieno giuridicamente le stesse che quelle tra di cui essa sia stata pronunziata. La cosa giudicata non può nè essere rivocata da terzi, nè essere loro opposta (1). Quindi, per esempio, una sentenza renduta con uno o più eredi o comproprietarii, in proposito di un diritto divisibile, non può nè giovare nè nuocere a quegli degli eredi o dei comproprietarii che non abbiano figurato nel giudizio (2). Quindi ancora, una sentenza renduta con uno dei creditori o dei debitori in un'obbligazione semplicemente congiunta e divisibile, non ha l'autorità della cosa giudicata a favore o contro degli altri (3).

Perchè la condizione delle parti sia giuridicamente la stessa, è d'uopo, da un canto, che esse abbiano personalmente figurato nel primo giudizio, o per lo meno, che esse sieno state rappresentate da coloro che vi abbiano figurato, e, da un altro canto, che esse procedano nella medesima qualità (4).

Gli eredi ed i successori universali sono reputati essere stati rappresentati nelle sentenze rendute in favore del loro autore o contro di lui, importando poco d'altronde che essi abbiano accettata la sua successione puramente e semplicemente, ovvero che l'abbiano accettata non altrimenti che col benefizio dell'inventario. Nondimeno, gli eredi beneficiati non sono tenuti ad eseguire le condanne pronunziate contro il loro autore, se non giusta le regole che reggono l'accettazione col benefizio dell'inventario (5).

I successori a titolo particolare sono egualmente reputati essere stati rappresentati dal loro autore, allorchè i loro titoli di acqui-

(1) *Res inter alios iudicata, neque emolumentum offerre his qui iudicio non interfuerunt, neque praeiudicium solet irrogare* l. 2. C. *Quibus res iud. non nocet* 7, 56. L. 63, D. *de Re iud.* 42, 1. L. 14, D. *de Except. rei iud.* 42 2. Viene applicata, sotto questo rapporto, alle sentenze, la regola che l'art. 1118 stabilisce in materia di convenzione: *Eadem enim debet esse ratio iudiciorum, in quibus videmus quasi contrahere, ac conventionum.* Pothier, *delle Obbligazioni*, II, 904.

(2) Toullier, X. 195. Duranton, XIII, 515. Ric. rig., 21 vendemmiale anno XI, Sir., III, 2, 586. Ric. rig., 24 giugno 1808, Sir., VIII, 1, 457. *Quid*, allorchè trattisi di una materia indivisibile? Conf. note seguenti.

(3) Confr. sul caso di una obbligazione solidale o indivisibile: note *infra*.

(4) Allorchè sia stata proposta una domanda contro più persone, e sia stata giudicata fondata, le persone, contro le quali questa domanda sia stata proposta non possono opporsi, l'una all'altra, l'eccezione della cosa giudicata risultante dalla sentenza pronunziata contro di loro. Liegi, 11 luglio 1814, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(5) Duranton, XIII, 502.

sto sieno posteriori all' introduzione dei giudizii impegnatisi con lui, o non sieno divenuti efficaci riguardo ai terzi se non dopo di quest'epoca. Le sentenze rendute in simil caso, sia in favore, sia contro del loro autore, hanno, riguardo ad essi, l' autorità della cosa giudicata. Per tal modo, una sentenza la quale, sopra un'azione di rivendicazione istituita contro il venditore o contro il donante di un immobile, abbia dichiarato l' attore proprietario di quest' immobile, è opponibile al compratore o al donatario, il cui atto di vendita non abbia acquistata data certa, o il cui atto di donazione non sia stato trascritto, se non dopo l'introduzione della dimanda. Per tal modo ancora, la sentenza renduta contro il cedente, la quale abbia dichiarato il credito ceduto non esistente o estinto, è opponibile al cessionario, la cui cessione non era stata ancora denunziata o accettata nel momento della introduzione del giudizio (1).

L'acquirente, il quale, avendo avuto conoscenza di una lite impegnatasi dopo il suo acquisto tra il venditore ed un terzo, siasi astenuto dallo intervenirvi o dal notificare il suo titolo a questo ultimo, non dee, a cagione del solo fatto della sua inazione o del suo silenzio, essere *considerato* come stato rappresentato nel giudizio del suo attore (2). Sarebbe altrimenti, se l'acquirente avesse proseguita e diretta nel suo proprio interesse la lite, che, in apparenza, era sostenuta dal venditore (3).

I creditori semplicemente *chi-*

(1) Vedi su queste differenti proposizioni: L. 11, §§ 9 e 10, D. *de Except. rei iud.* 44. 2, L. 4, C. *de Litig.* 8, 37; Pothier, *op. cit.*, II, 905 e seg.; Duranton, VIII, 506 e seg.; Bonnier, n. 694, Civ. cass., 14 giugno 1815, Sir., XV, 1, 392; Civ. cass., 19 agosto 1818, Sir., XIX, 1, 24; Douai, 5 giugno 1820, Sir., XXI, 2, 100; Ric. rig., 11 marzo 1831, Sir., XXXIV, 1, 315. Confr. nondimeno: Ric. rig., 26 marzo 1838, Sir., XXXVIII, 1,757.

(2) Civ. cass., 19 agosto 1818, Sir., XIX, 1, 24.

(È stato giudicato per contrario che la decisione renduta contro un venditore a favore di un terzo, il quale rivendicasse la cosa venduta, ha forza di cosa giudicata contro il compratore, allorchè questi abbia avuta conoscenza dell' azione di rivendicazione. Liegi, cass., 17 ottobre 1821, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(3) Ric. rig., 2 maggio 1811, Sir., XI, 1, 165. Ric. rig., 16 febbr. 1830, Sir., XXX, 1, 231. Confr. L. 63, D. *de Re iud.* 42. 1. Questa legge sembra, giusta il suo medesimo testo, non dovere essere intesa che pel caso in cui, per effetto di un accordo esistente tra l'acquirente e 'l suo autore, la lite sia stata sostenuta da quest' ultimo.

(Allorchè, sopra una domanda di nullità di una vendita per espropriazione, diretta contro la parte pignorante e contro l' acquirente, sia intervenuta una sentenza di prima istanza, la quale dichiari l'attore non ammessibile e mal fondato, e questa sentenza sia passata in cosa giudicata relativamente al pignorante, l' acquirente può invocare l' autorità della cosa giudicata col suo venditore, onde eliminare l' appello del suo avversario, Brusselles, 17 novembre 1815, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

ografarii debbono essere considerati come stati rappresentati dal loro debitore in tutt' i giudizi impegnatisi tra costui e dei terzi, intorno a dritti o ad obbligazioni relative al suo patrimonio; e ciò anche quando i loro crediti risultassero da titoli aventi una data certa anteriore all' introduzione di questi giudizi. Per tal guisa, le sentenze le quali abbiano riconosciuto, a vantaggio di terze persone, dritti di proprietà, di servitù personale o reale, di locazione, ecc., sopra beni posseduti dal debitore, o le quali abbiano pronunziate contro di lui condanne quali che sieno, han l' effetto della cosa giudicata riguardo a tutti i suoi creditori chirografarii (1). Nondimeno, la sentenza, la quale avesse attribuito ad uno dei creditori un privilegio o un dritto di preferenza sopra i beni del comun debitore, non sarebbe opponibile agli altri creditori (2).

A differenza dei creditori chirografarii, gl' ipotecarii non potrebbero essere considerati come stati rappresentati dal loro debitore nei giudizi relativi agl'immobili ipotecati, allorchè questi giudizi non siensi impegnati che dopo l' epoca in cui i loro diritti sieno divenuti efficaci riguardo ai terzi. Le sentenze che, in loro assenza, avessero dichiarato un terzo proprietario di questi immobili, o avessero riconosciuta in suo favore l'esistenza di un dritto di servitù, non avrebbero relativamente ad essi, l'autorità della cosa giudicata (3).

(1) Bonnier, n. 898. Civ. cass., 12 fruttidoro anno IX, *Pasicrisia belga*, sotto questa data. Ric. rig., 15 febbraio 1808, Sir., VIII, 1, 196. Nimes, 8 febbraio 1832, Sir., XXXIII, 2, 336. Nondimeno, i creditori chirografarii potrebbero impugnare, per via di opposizione di terzo, le sentenze che il debitore avesse, per effetto di una collusione fraudolenta, lasciate pronunziare in pro di terzi.

(Il sindaco di un fallimento non è parte obbligata nelle contestazioni tra' creditori ipotecarî. Le sentenze intervenute fra costoro nella graduazione aperta sul prezzo degl'immobili del fallito non hanno forza di cosa giudicata relativamente alla massa chirografaria. Bruss., 9 luglio 1838, *Giur. di B*., 1839).

(2) I creditori non sono rappresentati dal loro comun debitore, allorchè trattisi de' loro rispettivi diritti sul costui patrimonio. Confr. nondimeno: Ric. rig., 12 aprile 1841, Sir., XLI, 1, 352. La decisione contenuta in questo arresto ci sembra molto contrastabile, malgrado la particolarità de' fatti della specie nella quale esso è intervenuto.

(3) L. 11, § 10, D. *de Except. rei iud.* 44, 2. L. 3. D. *de Pign.* 20, 1. Duranton, XIII, 507. Bonnier, n. 695. Valette, *Dissertazione*, *Rivista di dritto francese e straniero*, 1844. Parigi, 27 marzo 1824, Sir., XXV, 2, 193. Confr. altresì: Parigi, 24 marzo 1834. Sir., XXXIV, 2, 580. Vedi in senso contrario: Merlin, *Quist.*, v. Opposizione (terza), § 1; Proudhon, *dell'Usufrutto*, III, 133 e seg.; Carrè, *Leggi della procedura*, II. 1715: Civ. cass., 12 fruttidoro anno IX, *Pasicrisia belga*, sotto questa data; Ric. rig., 15 giugno 1841, Sir., XI, 1, 337, Civ. cass., 21 agosto 1826, Sir., XXVII, 1. 156; Ric. rig. luglio 1831, Sir., XXXII, 1. 127; Parigi, 2 febbraio 1832, Sir., XXXII, 2, 301; Ric. rig., 36 maggio 1841. Sir., XLI, 1, 749. In ap-

Se i successori particolari ed i creditori chirografarii sono, nelle circostanze indicate di sopra, reputati d'essere stati rappresen-

poggio di quest'ultima opinione, si fanno principalmente valere i tre seguenti argomenti: 1. L'ipoteca, benchè costituisca un diritto reale, pure non opera alcuno smembramento di proprietà, e'l debitore, rimanendo investito di tutti i dritti inerenti alla proprietà, ha egli solo qualità per reclamarla o per difenderla in giudizio. 2. L'esistenza dell'ipoteca essendo subordinata al diritto di proprietà di colui che l'abbia costituita, essa ipoteca deve svanire, allorchè venga ad essere giudicato con quest'ultimo che egli non era proprietario dell'immobile sul quale sia stata stabilita. 3. Se fosse altrimenti, sarebbe d'uopo, onde poter fare giudicar con sicurezza una quistione di proprietà contro una persona gravata di debiti, mettere in causa tutti quelli fra tali creditori i quali avessero acquistata ipoteca sull'immobile litigioso. Ma questi argomenti non ci paiono di natura tale, da fare ammettere, per quanto concerne i creditori ipotecarii, un sistema che tutti respingono in quanto agli acquirenti, a' comproprietarii ed agli usufruttuarii. 1. Se l'ipoteca non produce, a dire il vero, uno smembramento di proprietà, essa non costituisce però meno un diritto reale, il quale fa, come tale, parte del patrimonio del creditore, e'l quale, ben lungi dall'essere virtualmente compreso nella proprietà, trovasi al contrario stabilito, in un certo modo, per opposizione a quest'ultima. Or questo diritto ingenerando un'azione particolare, di cui il creditore gode nel suo proprio nome, e cui il debitore non è giammai autorizzato ad esercitare, ne conseguita che questo debitore non può compromettere in giudizio la sorte di tale dritto. 2. È vero che la validità di una costituzione ipotecaria è subordinata alla proprietà del costituente; ma conchiudere da ciò, che la sentenza, la quale, in assenza de' creditori ipotecarii, abbia dichiarato che il debitore non fosse proprietario degl'immobili gravati, decida per questo senso contra di loro che la ipoteca non sia valida, è evidentemente un fare una petizione di principio; perciocchè la verità giodiziaria non è di sua natura che relativa, e la quistione è appunto quella di sapersi, se la sentenza rendota col debitore sia opponibile a' creditori ipotecarî di lui. 3. Sebbene riconosciamo che il nostro sistema possa dar luogo nella pratica ad alcune difficoltà, diremo che queste vengono esagerate; perciocchè non è a presumere che i creditori ipotecarî si azzardino, senza ragioni perentorie, a formare una opposizione di terzo alla sentenza pronunziata contro il loro debitore. D'altronde, il sistema contrario presenta, a parer nostro, inconvenienti più gravi. Di fatti, avviene sovente, che senza mala fede, e per semplice indifferenza o mancanza d'interesse, un debitore oberato sia negligente nella difesa dei suoi diritti, a segno da lasciar intervenire delle sentenze in contumacia sopra azione di rivendicazione istituite contro di lui; e sarebbe in somigliante caso ben triste cosa che i creditori ipotecarii fossero vittima della negligenza del debitore. Un tale risultamento scuoterebbe la sicurtà delle ipoteche, e per conseguenza il credito pubblico. Del resto, secondo l'opinione che noi combattiamo, si ammette senza difficoltà che i creditori ipotecarii sono, anche fatta astrazione da ogn'idea di frode, ammessibili a formare opposizione di terzo alla sentenza pronunziata contro il debitore, allorchè abbiano de' mezzi di difesa loro proprii da far valere, ed i quali mezzi il debitore non avea

tati dal loro autore o debitore, quest'ultimo non dev'essere giammai considerato come stato rappresentato nelle sentenze pronunziate con essi. Per tal modo, a cagion di esempio, la sentenza intervenuta contro i creditori di una successione, i quali esercitino come tali i dritti che ne dipendono, non ha l'effetto della cosa giudicata relativamente agli eredi (1).

Coloro i quali non godano dell'amministrazione dei loro beni, e le persone morali, sono rappresentati in giudizio dal mandatarii a cui l'amministrazione dei loro beni è affidata. Le sentenze ottenute dall'amministratore in tale qualità, o pronunziate contro di lui, giovano alla persona in nome della quale egli abbia proceduto, e pregiudicano a questa persona, quando egli siasi contenuto trai limiti dei suoi poteri. Questo è ciò che ha luogo, per esempio, in quanto alle sentenze rendute in favore o contro del tutore di un minore o di un interdetto; in favore o contro del marito, nella qualità di amministratore dei beni personali della sua moglie; in favore o contro degli amministratori d'un comune o di un pubblico stabilimento; ed in favore o contro dei sindaci d'un fallimento (2). È lo stesso delle sentenze pronunziate a favore o contro degl'immessi nel possesso provvisorio dei beni di un assente, ed a favore o contro del curatore di una eredità giacente.

I membri di una comunità o di una società di commercio, sono reputati essere stati rappresentati nelle sentenze profferite con gli amministratori o coi gerenti, in tale qualità, sia sopra diritti dipendenti dal patrimonio della comunità (3) o della società, sia sopra atti di amministrazione o di disposizione fatti da questi ultimi, sia in fine sopra obbligazioni da loro contratte. Risulta da ciò, per esempio, che una sentenza, la quale condanni una società di commercio, in persona del suo gerente, all'adempimento di un'obbligazione contratta sotto la ragion sociale, è opponibile anche a coloro trai socii i quali pretendessero che tale obbligazione non li leghi, perchè non firmata da essi (4).

qualità per opporre. Parigi, 16, agosto 1832, Sir., XXXII, 2, 474. Ric. rig., 9 dicembre 1835, Sir., XXXVI, 1, 177.

(1) L. 9, § 2, *de Exc. rei iud.* 44 2, Pothier *delle Obbligazioni*, n. 906. Toullier, VI, 200. Ric. rig. 14 aprile 1806, Sir., VI, 1, 329.

(2) Confr. Codice di commercio, art. 486.

(3) Un comune non rappresenta i suoi abitanti in quanto concerne i diritti che possano loro appartenere nel loro nome personale e particolare. Ric. rig., 19 novembre 1838, Sir., XXXVIII, 1, 1001.

(4) Parigi, 11 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 262. Vedi altresì: Ric. rig., 19 novembre 1838, Sir., XXXVIII, 1, 307. La proposizione emessa nel testo non si applica a' membri di comunità o di compagnie, le quali non costituiscano delle persone morali, come sarebbe, a cagion di esempio, una compagnia di ufficiali ministeriali, Civ. rig., 28 agosto 1838, Sir., XXXVIII, 1, 808.

: Le sentenze rendute in favore dell'erede apparente, o contro di lui, hanno l'autorità della cosa giudicata riguardo al vero erede, il quale prenda in seguito possesso dell'eredità.

Le sentenze profferite, prima dell'apertura della sostituzione, a favore o contro del gravato, hanno l'autorità della cosa giudicata relativamente ai chiamati, purchè nel caso di sentenze pronunziate contro di lui, lo sieno state in contraddizione del tutore destinato alla sostituzione, e sulle conclusioni del pubblico ministero (1).

Vi ha più classi di persone, le quali sono reputate essere state rappresentate in giudizio da una delle parti litiganti, allorchè trattisi di sentenze che tendano a rendere migliore la loro condizione, e le quali persone al contrario, sono da riguardarsi come terzi quando trattisi di sentenze che, se potessero essere loro opposte, nuocerebbero e comprometterebbero i loro diritti. Questo è quanto ha luogo, a cagion d'esempio, pel nudo proprietario, pel fideiussore, pei creditori (2) o debitori solidali, del pari che pei cointeressati in una obbligazione indivisibile, quanto alle sentenze pronunziate coll'usufruttuario, col debitore principale (3), con uno

(1) Proudhon, *dell'Usufrutto*, III, 1314. Conf. altresì nota *infra*.

(2) (I creditori di colui, contro del quale sia stata pronunziata una sentenza passata in cosa giudicata, non sono ammessibili ad impugnare, per la via della opposizione di terzo, questa sentenza che pregiudichi a' loro dritti, invocando in ordine a ciò la regola: *Res inter alios acta*. Brusselles, 20 aprile 1826, *Giur. di B.*, 1826, 1, 376; *Giur. del XIX. secolo*, 1825, 3, 217).

(3) Il fideiussore è, tanto nel suo proprio nome, quanto in nome del debitore principale, ammessibile a prevalersi della sentenza, la quale, sulla difesa di quest'ultimo, abbia dichiarato il debito esistente o estinto. Ed in vero, da un canto, la fideiussione suppone un'obbligazione principale, e svanisce con questa, salvi i casi preveduti dal 2.° comma dell'art. 1774. Da un altro canto, lo stesso debitore principale sarebbe privo del benefizio della sentenza che egli avesse ottenuta, se il fideiussore potesse, malgrado questa sentenza, essere ancora perseguitato; perciocchè, in questa ipotesi egli rimarrebbe esposto all'azione di regresso di quest'ultimo. Ma, dacchè le sentenze pronunziate in favore del debitore principale giovano al fideiussore, non risulta per reciprocazione che quest'ultimo sia ligato dalle sentenze pronunziate contro il debitore principale. Siffatte sentenze sarebbero opponibili al fideiussore, se egli non fosse ammesso a far valere le eccezioni relative alla esistenza del debito, salvochè in nome del debitore principale e come esercitante i dritti e le azioni di lui; perciocchè, in tale supposizione, il fideiussore sarebbe stato, come avente causa dal debitore principale, rappresentato da quest'ultimo nelle sentenze intervenute tra costui ed il creditore. Ma questa supposizione è inesatta. Siccome la esistenza di una obbligazione principale valida è la prima condizione di ogni fideiussione, e per conseguenza le cause di nullità o di estinzione della obbligazione principale sono in pari tempo cause di nullità o di estinzione della fideiussione, così il fideiussore può opporle nel suo nome personale e non già solo in nome del debitore. Egli

dei creditori (1) o dei debitori solidali (2). e con uno dei coin-

le fa valere molto meno per negare i dritti del creditore contro il debitore, quanto per porre in contestazione la esistenza o la validità della sua obbligazione personale; ed è cosa impossibile il sostenere che il debitore principale rappresenti il fideiussore in ordine alla quistione di esistenza o di validità della obbligazione di quest'ultimo. Aggiungeremo, che, secondo il sistema contrario, sarebbe d'uopo, ond'essere conseguente, giugnere fino al dire che il fideiussore sia ligato, non solamente dalle sentenze pronunziate contro il debitore principale, ma ancora dalle costui confessioni e dichiarazioni stragiudiziali; ed è bastevole lo enunciare questa proposizione per farne comprendere immantinentemente l'inesattezza ed i pericoli. Conf. altresì: L. 7 D. *de Except.* 44, 1. *Nec obstat* L. 5; *proem.*, D. *de Appell.* 49, 1. Gli autori e la giureprudenza ammettono, contrariamente alla opinione profferita nel testo, che il fideiussore sia ligato dalle sentenze rendute contro il debitore principale, salvo lo impugnarle per via della opposizione di terzo, allorchè esse sieno il risultamento della collusione, vale a dire di un concerto frandolento tra costui ed il creditore. Vedi: Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 909; Proudhon, *op. cit.*, III, 1324; Toullier, X, 211; Bonnier, n. 700. Civ. cass., 27 novembre 1811; Ric. rig., 11 dicembre 1834, Sir., XXXV, 1. 376. Confr. altresì: Civ. rig., 12 febbraio 1840, Sir., XL, 1, 529.

(1) Bonnier, n. 701. Proudhon, *op. cit.*, III, 1323, e Toullier, X, 204 insegnano il contrario, invocando la legge C. *de Duob. reis*, 8, 40, e la legge 31, § 1, D. *de Nov. et del.* 46, 2. Ma la decisione di queste leggi è incompatibile co' principii del Codice civile sulla solidalità fra creditori.

(2) È generalmente riconosciuto che la sentenza renduta in favore di uno de' debitori solidali, sopra una eccezione comune a tutti, giovi agli altri. Si è egualmente di accordo nel dire che il condebitore solidale non sia ligato dalla sentenza ottenuta contro il suo condebitore, se egli abbia eccezioni personali da far valere, per esempio, se egli metta in contestazione l'esistenza o la validità della sua obbligazione, se pretenda che egli non siasi obbligato se non sotto date modificazioni, o sino alla concorrenza di una determinata somma solamente, o in fine, se egli sostenga, che, quanto a lui, il debito si trovi estinto. Confr. Parigi, 20 marzo 1809, Sir., IX, 2, 393; Ric. rig., 29 novembre 1838, Sir., XXXVIII, 1, 362. Ma vi ha controversia sul punto di sapersi, se la sentenza ottenuta contro uno de' debitori solidali, e la quale abbia rigettata un'eccezione comune a tutti, confr. § 271, testo n. 3, abbia l'autorità della cosa giudicata relativamente agli altri. La soluzione negativa, che noi abbiamo adottata, ci sembra discendere dalla natura della obbligazione solidale, la quale, benchè semplice quanto al suo oggetto, è nondimeno moltiplice quanto a' ligami giuridici in virtù de' quali i differenti debitori si trovano obbligati; *Et singulis solida petitio est*. Di fatti, se l'obbligazione di ciascuno de' debitori è, quanto al ligame giuridico, distinta da quella degli altri, le eccezioni rendi contro il debito comune debbono appartenere individualmente a ciascuno di essi, come altrettanti mezzi da far cadere la sua personale obbligazione; d'onde è mestieri conchiudere, che uno de' debitori non può proporre somiglianti eccezioni, se non per ciò che personalmente lo riguardi, e che, se egli succumba, la causa degli altri non deve però meno restare intera. Per sostenersi il contrario, dicesi che i con-

teressati in una obbligazione indivisibile (1). Ciò ha egualmente

debitori solidali sieno mandatarii, gli uni riguardo agli altri, per tutto ciò che concerne il debito comune. Ma è questa una petizione di principio. Abbiamo testè veduto che questo preteso mandato non risulta dalla natura delle obbligazioni solidali. Esso non risulta neppure dalla legge. Benchè alcune disposizioni, soprattutto quelle degli art. 1234, 1238 e 1319, comma 4, suppongono che i condebitori solidali sono mandatarii gli uni degli altri ad effetto di rendere migliore la loro condizione comune, non esiste però alcuna disposizione, d'onde si possa logicamente conchiudere che la solidalità tra' debitori importi un mandato reciproco, in virtù del quale ciascuno di essi si trovi, nell'interesse del creditore, investito del potere di compromettere, sia con atti stragiudiziali, sia procedendo in giudizio, gl'interessi e la posizione degli altri: e gli articoli rammentati qui sopra, lungi dal venire in appoggio di questa tesi somministrano contro di essa un possente argomento. Indarno invocansi, nel sistema contrario, gli art. 1159, 2155 e 1160. Se, giusta i due primi di tali articoli, le procedure dirette contro uno de' debitori solidali, o la sua ricognizione, interrompono la prescrizione riguardo a tutti, egli è perchè l'obbligazione solidale essendo unica quanto al suo oggetto, e il creditore potendo rivolgersi per lo intero a ciascuno dei debitori, gli atti, che tendono solamente a conservare i suoi diritti tali quali sono, debbono avere il loro effetto rispetto a tutti i debitori, benchè non sieno stati fatti che contro uno di essi, ovvero non emanino che da un solo; altrimenti il creditore non godrebbe più in un modo compiuto, e sotto tutti i rapporti, del diritto di dirigersi a quello de' debitori che egli voglia scegliere. Ma non conseguita in verun modo da ciò, che il creditore possa, agendo contro uno de' debitori, o patteggiando con lui, migliorare la sua condizione rimpetto agli altri, e che ottenendo contro un solo debitore una sentenza la quale rigetti una eccezione reale, il suo credito si trovi per questa medesima ragione consolidato riguardo a tutti. Una somigliante sentenza non sembra che possa ligare contro i debitori che non vi abbiano figurato, più di quel che costoro potrebbero essere ligati dalla rinunzia volontaria di uno de' debitori ad una eccezione che loro sia comune, ed è cosa bene evidente, che la rinunzia di uno dei debitori ad una eccezione di prescrizione, di novazione, di nullità, ecc., non potrebbe privare gli altri del beneficio di tali eccezioni. Quanto all'art. 1160, non se ne possono con sicurezza trarre conseguenze o induzioni qualunque; perciocchè la disposizione che esso contiene è poco giuridica, ed in ogni caso è eccezionale di sua natura. Vedi nel senso della nostra opinione: Duranton, XIII, 520; Civ. rig., 15 gen. 1839, Sir., XXXIX, 1, 97. Vedi in senso contrario: Toullier, X, 22 e 204; Proudhon, *dell'Usufrutto*, III, 1321; Bonnier, n. 701. Confr. altresì in senso contrario i due arresti citati nel cominciamento della nota.

(1) Toullier, X, 206 opina che i condebitori di un debito indivisibile debbano essere considerati siccome rappresentati, in un modo assoluto, nelle sentenze pronunziate con uno di essi, poco importando che queste sentenze sieno loro favorevoli o contrarie. Le ragioni che noi abbiamo sviluppate nella nota precedente, per istabilire che i coodebitori solidali non sono ligati dalle sentenze rendute contro uno di essi, si applicano *a fortiore* a' condebitori di una obbligazione indivisibile. Di fatti, quantunque ciascun debitore di un

luogo pei comproprietarii di un fondo indiviso, quanto alle sentenze profferite con uno di essi, sull' esistenza di una servitù reclamata a vantaggio o a peso di questo fondo (1).

debito indivisibile possa, a cagione della natura della prestazione che ne forma l' oggetto, essere convenuto per la totalità di questa prestazione, egli non vi è però tenuto *totaliter*. A differenza di ciò che ha luogo pei condebitori solidali, l' obbligazione de' condebitori di un debito indivisibile non versa che sopra porzioni distinte del debitore; ed è questo un motivo di più per decidere, che ciò che sia stato giudicato contro uno di essi s'applica solamente alla porzione del debito comune della quale egli era personalmente debitore, e non può per conseguenza essere opposto agli altri. Confr. Civ. rig., 15 genn. 1839, Sir., XXXIX, 1, 97.

(1) La legge 4, § 3, D. *Si serv. vind.* 8, 5 decide nettamente che la sentenza, con la quale uno de' comproprietarii di un fondo indiviso abbia fatto riconoscer l'esistenza di una servitù in favore di questo fondo, giova a tutti gli altri. Di fatti, questo punto di dottrina è generalmente ammesso. Ma non si è d'accordo sulla quistione di sapersi, se la sentenza, la quale abbia rigettata un' azione confessoria istituita da un solo dei comproprietarii, o la quale abbia ammessa una simile azione diretta contro di lui, abbia l'autorità della cosa giudicata relativamente agli altri. Vedi, nel senso della negativa, che noi abbiamo adottata; Duranton, XIII, 528; Bonnier, n. 702. Confr. altresì: Ric. rig., 19 dicembre 1832 Sir., XXXIII, 1, 473. Vedi per l'affermativa: Toullier, X, 207; Pardessus, *delle Servitù* n. 334. Questi autori invocano, in appoggio del loro avviso, la legge 19. D. *Si serv. vind.* 8. 5 e l'opinione di Pothier *delle Obbligazioni*, n. 904. Ma, il senso della legge dianzi citata è per lo meno dubbio; e, quanto alla opinione di Pothier, molto a torto Toullier e Pardessus se ne prevalgono. Di fatti, dopo di aver riportata questa legge, Pothier ha cura di soggiungere, che, giusta i nostri usi, coloro dei comproprietarii, i quali non abbiano figurato in una sentenza, sono ammessi a produrre contro di essa l'opposizione di terzo, senza aver bisogno di allegare la collusione; il che equivale a dire, che quelli tra' comproprietarii, i quali non abbiano figurato in un giudizio relativo ad una servitù reclamata in favore del fondo comune o sopra questo fondo, non sono reputati d'essersi stati rappresentati dal comproprietario il quale sia stato succumbente, e che la sentenza non ha relativamente, riguardo ad essi, l'autorità della cosa giudicata; perciocchè, se altrimenti fosse, eglino non sarebbero ammessi a produrre contro di essa l'opposizione di terzo, se non per causa di frode o di collusione. Per verità la sentenza pronunziata, in somigliante caso, contro un solo de' comproprietarii, sarà esecutiva contro tutti gli altri, insino a che essi non l'avranno fatta ritrattare per la via della opposizione di terzo; ma s'ingannerebbe altri stranamente se volesse da ciò conchiudere, che la sentenza importi, relativamente ad essi, l' autorità della cosa giudicata. Sono queste due quistioni affatto distinte, e che bisogna ben guardarsi dal confondere. Aggiungeremo, che il principio di dritto francese, secondo il quale la divisione è semplicemente dichiarativa di proprietà, non permette di ammettere che la sentenza pronunziata contro un solo de' comproprietarii sia opponibile agli altri, non ostante l'eventualità della divisione, per effetto della quale l'immobile potrà cadere nella quota di uno di questi ultimi.

La stessa distinzione si applica alle sentenze pronunziate, prima dell'avveramento della condizione, col proprietario, il cui dritto era subordinato ad una condizione risolutiva, o che egli aveva alienato sotto una condizione sospensiva. Colui il quale, mercè l'adempimento della condizione, ritorni ad essere o divenga proprietario, può invocare simili sentenze allorchè gli sieno favorevoli, senza che potessero essergli opposte quando gli sieno contrarie (1).

Siffatta distinzione si applica ugualmente alle sentenze rendute coll'antico proprietario o creditore, per effetto di giudizii impegnatisi soltanto dopo l'epoca in cui egli abbia alienati i suoi diritti. Allorchè queste sentenze gli sieno favorevoli, esse giovano ai successori, anche a titolo particolare (2), ai quali non possono essere opposte, se gli sieno contrarie.

I legatarii particolari, o a titolo universale, non sono rappresentati dai legatarii universali nei giudizii relativi alla validità del testamento. Adunque, la sentenza renduta contro quest'ultimo, la quale abbia dichiarato il testamento nullo, sia per vizio di forma, sia per ogni altra causa, non può loro essere opposta (3).

La regola che l'autorità della cosa giudicata non ha luogo, salvochè tra le stesse parti, si applica, senza restrizione nè modifiche, alle sentenze che riconoscano o attribuiscano una qualità qualunque ad una delle parti. Per tal modo una sentenza, che, sulla dimanda di un creditore, abbia attribuita al debitore la qualità di commerciante, ed abbia in conseguenza pronunziato contro di

(1) Il proprietario, il cui diritto di proprietà sia stato acquistato sotto una condizione risolutiva, o sia stato alienato sotto una condizione sospensiva, trovandosi sottoposto ad una obbligazione eventuale di restituzione o di rilascio, ed essendo tenuto, *pendente conditione*, di vegliare alla conservazione della cosa, ha bene qualità per difenderla nell'interesse di colui al quale dovrà essere rilasciata o restituita, ma non già per compromettere i diritti di quest'ultimo. Il principio contrario, almeno sotto date condizioni, quanto alle sentenze rendute contro il gravato di restituzione, dipende dalla natura affatto speciale delle sostituzioni, e non può ricevere estensione ad altre materie. Duranton, XIII, 509 e 510. Proudhon, *dell'Usufrutto*, III, 1353 e 1314.

(2) Se l'acquirente o il cessionario non fosse autorizzato a prevalersi di somiglianti sentenze, esse rimarrebbero senza effetto, anche per quanto concerne l'antico proprietario o creditore; perciocchè questi sarebbe esposto ad un regresso di garentia da parte del cessionario o dell'acquirente: e ciò è evidentemente inammessibile.

(3) Per diritto romano, decidevasi il contrario, in virtù della regola: *Ab institutione haeredis pendet omnia quae testamento continentur*. Ma questa decisione non potrebbe essere ammessa presso di noi; perchè, secondo i principii del nostro diritto, le differenti disposizioni di un testamento sono dipendenti le une dalle altre. Toullier, X, 212; Duranton, XIII, 516.

lui l'arresto personale, non ha l'autorità della cosa giudicata riguardo ad altri creditori. Per tal modo ancora, una sentenza, che, sulla dimanda di uno dei creditori d'una successione, abbia condannato un successibile in qualità di erede puro e semplice, sia dichiarandolo decaduto dalla facoltà di rinunziare o di accettare col benefizio dell'inventario, sia annullando la sua rinunzia o la sua accettazione beneficiata, sia infine dichiarandolo decaduto dal benefizio di una simile accettazione, non importa cosa giudicata a favore degli altri creditori (1).

La regola di che trattasi è ugualmente adattabile alle sentenze le quali pronunziino sopra quistioni di stato (2).

Perchè una sentenza abbia l'autorità della cosa giudicata contro una parte o in suo favore, non basta che ella vi abbia figurato personalmente, o che vi sia stata rappresentata secondo quanto si è detto di sopra; ma è d'uopo di più che nel nuovo giudizio ella agisca, o sia convenuta, nella stessa qualità (3). Laonde, una sentenza renduta con un individuo in qualità di amministratore del patrimonio altrui o di mandatario, non ha l'autorità della cosa giudicata a favore o contro di lui personalmente (4). Del pari, una sentenza profferita con una

(1) (La sentenza, che condanni un successibile in qualità di erede, giova a coloro medesimi che non vi siano stati parti. Brusselles, 9 dic. 1815, e 3 maggio 1828, *Giur. di B.*, 268; *Giur. del XIX secolo*, 1831, 3, 15; Merlin, *Quist.*, v. Erede, § 8; Carrè, *Leggi dell'org.*, t. III, n. 324).

(2) Giusta la maggior parte degli autori, la regola menzionata nel testo, della quale si ammette l'applicazione alle quistioni di stato in generale, sarebbe sottoposta a differenti restrizioni o eccezioni, quanto alle sentenze che statuiscano sopra quistioni di filiazione o di legittimità. Noi abbiamo esposta e confutata la dottrina ricevuta relativamente a ciò, dove abbiamo trattato dell'effetto delle sentenze che abbiano ammessa o rigettata un'azione di non riconoscimento, un'azione d'impugnazione di legittimità, ed un'azione di richiamo o d'impugnazione di stato. Del resto, le sentenze, le quali statuiscano sopra quistioni di stato, hanno, di loro natura, effetti più estesi di quelle che accordino o neghino ad una delle parti una qualità puramente accidentale.

(3) Toullier, X, 169 e 214 apporta a questa regola una notevole limitazione, insegnando che una parte non possa successivamente proporre la medesima domanda in due qualità distinte, se queste qualità si trovavano confuse nella sua persona sin prima della primitiva istanza. Ma siffatta opinione, in appoggio della quale Toullier invoca la legge 10, D. *Act. empt. et vend.* 19, 1, con la interpetrazione che ne ha data Cujacio nel suo commentario sopra questo titolo, non ci sembra che debba essere ammessa almeno quando trattisi di azioni personali. Di fatti, in questo caso, la differenza delle qualità sotto le quali una parte agisca non impedisce solamente che vi sia identità giuridica di persone, ma non permette neppure di considerare le due domande come fondate sulla medesima causa.

(4) Toullier, X, 213. Duranton, XIII, 497. Civ. cass., 14 dicembre 1824, Sir., XXV, 1, 236. Ric. rig., 21 dicembre 1841, Sir., XLII, 1, 65.

parte, la quale agiva nella qualità di erede di sua madre, non ha in favor suo, nè contro di lei, l'autorità della cosa giudicata, allorchè, in seguito, ella sia convenuta o istituisca una nuova dimanda nella qualità di erede di suo padre o di quale che siasi altra persona (1).

Del resto, se le sentenze non

(1) Civ. cass., 7 messidoro anno VII, *Pasicrisia belga*, sotto questa data. Civ. rig., 3 maggio 1841, Sir., XLI, 1, 391.

* Adunque l'essere diverse le qualità con cui procede un individuo, può renderlo una distinta persona giuridica, e può anche render distinto l'oggetto, e più spesso la causa. Questo ci mena a sciogliere un punto controverso fra Toullier e Zachariae.—Il primo (X, 214, 215) insegna che la diversità delle qualità derivante da una accettazione d'eredità, faccia venir meno l'autorità della cosa giudicata, quando la qualità con cui si propone la seconda domanda fosse nota per l'accettazione di eredità dopo la prima, e non già quando le due qualità esistevano al tempo della prima domanda. Zachariae (V, *supra*) sostiene al contrario non esser necessaria tal condizione, nè esservi mai cosa giudicata quando una persona si presenterebbe prima come erede di uno, e poi come erede di un altro, quantunque fosse erede di entrambi, al tempo della prima lite. La quistione si risolve con la distinzione che esce da ciò che noi abbiamo sopra detto.

* Se la qualità usata nella seconda causa, e di cui non si era parlato nella prima, può solo impedire l'autorità della cosa giudicata, perchè le parti non sono le medesime (essendo necessariamente lo stesso l'oggetto e la causa), come nello affare Lostanges, sarà vero come dice Toullier, che l'effetto si produrrà in quanto la qualità sarà nata dopo la prima domanda. Invano si vorrebbe sostenere che un individuo non ha figurato in una prima lite che *proprio nomine* o come erede di sua madre, e nella seconda agisce come erede di suo padre o di altro, quando fin dalla prima causa era erede di entrambi. Avendo ormai accettato le eredità di vostra madre, di vostro padre e di vostro zio, non è più in voi nè in altri il fare che i dritti attivi e passivi di quelle tre persone non *sieno vostri proprî diritti*: qualunque domanda messa in campo da voi o per un dritto che vi derivi da questa o da quella eredità, ovvero per un dritto già vostro prima di accettare alcuna eredità, è sempre proposta *proprio nomine*, giacchè i tre patrimonî raccolti sono le parti integranti del solo e medesimo vostro patrimonio. Come si potrebbe mai dire nel vostro interesse o contro di voi, che nella seconda causa voi non avevate la medesima qualità che nella prima quando nessuna altra nuova qualità avete acquistato nell' intervallo, ed eravate sin dalla prima causa erede delle tre persone? Come si direbbe non esservi *eadem conditio personarum*, quando la condizione delle parti non è stata per nulla modificata? Il non aver parlato di una tal qualità non fa che non si abbia; non aver riguardata la vostra condizione sotto il rapporto con cui oggi si vuol vedere, non fa che dessa sia mutata. Dunque solo quando dopo la prima domanda avete assunto la qualità di erede con cui agite nella seconda causa, cesserà *per non esservi identità giuridica delle persone* l'autorità della cosa giudicata. In questa prima ipotesi adunque Toullier ha ragione e torto Zachariae.

* Ma se nella seconda causa si assume una qualità, di cui non si era parlato nella prima, e con cui si ten-

hanno, relativamente ai terzi, l'autorità della cosa giudicata, ciò non toglie che esse possano, almeno provvisoriamente, essere eseguite a danno loro, salvo ad essi il farle ritrattare per la via dell'opposizione di terzo (1).

2) Dell'identità dell'oggetto (2).

L'autorità della cosa giudicata non si estende al di là dell' oggetto sul quale la sentenza abbia esplicitamente o implicitamente pronunziato. Perlochè, una sentenza non può, in un novello giudizio, essere invocata dall'attore o dal reo convenuto, come avente

de a dare una causa novella ovvero anche un novello oggetto, come nello affare d'Alaert, non importa allora che la qualità esistesse al tempo della prima causa e per conseguenza la nuova causa o l'oggetto novello avessero potuto figurarvi. L'aver potuto far valere la causa o domandar l'oggetto non toglie che ciò non si sia fatto, e quindi vi è nuova causa o nuovo oggetto. Non vi è pertanto cosa giudicata, erra a sua volta Toullier, quando rimandandoci al suo numero 169, di cui confutammo la soluzione al n. VII, insegna non doversi mai ammettere la seconda domanda assolutamente, per ciò che la qualità con cui si proponeva esistesse già al tempo della prima. L'autorità della cosa giudicata non cesserà allora, perchè non vi fosse identità di parti, ma perchè non vi fosse identità di causa, ovvero di oggetto.

* Le due ipotesi son diverse, dipendendo dalla volontà del litigante di domandare o no il tale oggetto e fondare la sua domanda sopra questa o quell'altra causa, mentre non è in lui, ne nel suo avversario il mutare il vero delle cose.

(1) La quistione, se colui al quale venga opposta una sentenza, nella quale non sia stato nè parte nè rappresentato, sia obbligato, onde eliminarne l'applicazione, di produrre contro di essa l'opposizione di terzo, o se per contrario ei possa sempre limitarsi a respingere la sentenza, dicendo essere essa, riguardo a lui, *res inter alios iudicata*, è molto controversa. Secondo la nostra opinione, è bastevole per verità a' terzi lo invocare la massima: *Res inter alios iudicata tertio non nocet*, sempreché trattisi solamente di respingere l'autorità di una sentenza che gli sia opposta come fondamento di una eccezione di cosa giudicata o di una nuova dimanda diretta contro di loro; ma l'opposizione di terzo diviene necessaria, quando trattisi per un terzo di arrestare l'esecuzione di una sentenza che gli recherebbe pregiudizio, o di venir contro l'esecuzione già consumata. Vedi nel senso di questa opinione, che ci dispenseremo dallo sviluppare, perchè la quistione si appartiene alla procedura, piuttosto che al diritto civile: Ric., rig. 24 aprile 1844, Sir., XLV, 1, 33. Conf. le autorità in sensi diversi, citate, da Carrette e Devilleneuve, ad occasione di tale arresto.

(Per eliminare l' eccezione della cosa giudicata, non è assolutamente necessario a' terzi, i quali vi sieno stati estranei, il produrre l'opposizione di terzo. Gand, 6 luglio 1833, *Giur. di B.*, 1834 p. 129).

(2) Avviene sovente che due domande successivamente istituite tra le medesime parti, o che eccezioni proposte dal convenuto in due giudizii, differiscano ad un tempo stesso e quanto al loro oggetto, e quanto alla causa sulla quale sieno fondate. Indicheremo nel n. 3 alcune ipotesi nelle quali questo fatto si rincontra, limitandoci pel momento a spiegare le regole che concernono più specialmente l'identità dell'oggetto.

l'autorità della cosa giudicata, se non in quanto la dimanda o l'eccezione proposta versi sulla stessa cosa corporale, sulla medesima quantità, o sul medesimo diritto (1).

Nondimeno, non è necessario che l'identità dell'oggetto sia compiuta ed integrale. Gli aumenti o le diminuzioni che una cosa possa aver ricevuti o subiti, ed i cangiamenti che abbiano potuto operarsi nelle sue parti costitutive, non tolgono che essa debba, per l'applicazione della regola stabilita, essere considerata come la medesima cosa (2).

Da un altro canto, tutto che faccia necessariamente parte di una cosa o di un diritto, e tutto che vi sia virtualmente compreso, deesi riguardare come formante un medesimo oggetto con questa cosa o con questo diritto (3). Quin-

(1) LL. 12, 13, e L. 21, *proaem.*, D. *de Except. rei iud.* 44, 2.

(Non basta una coesistenza di fatti tra due liti successivamente impegnatesi tra le stesse parti, perchè la decisione intervenuta nella prima lite dia luogo a proporre nella seconda una eccezione di cosa giudicata, Brusselles, cass., 1 luglio 1833, *Bull. della cass.*, 1833.

—Havvi cosa giudicata allorchè si elevi tra le stesse persone *la medesima quistione di dritto*, benchè relativamente ad un altro immobile, ma il reclamo del quale sia l'esercizio di un'azione faciente parte della successione medesima. Brusselles, 9 luglio 1823, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(2) L. 14 e L. 21, § 1. D. *eod. tit.* Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 890. Toullier, X. 145. Proudhon, *dell'Usufrutto*, III, 1271. Duranton, XIII, 462.

(3) *In toto et pars continentur.* L. 113. D. *de R. J.* 50, 17. L. 7, L. 21, § 1, D. *de Exc. rei iud.* 44, 2, L. 1, § 4. D. *de Verb. obl.* 45. 1. Pothier, *op. cit.*, n. 892. Toullier, X. 147 e seg. Proudhon, *op. e luogo cit.* Il tutto non essendo compreso nella parte, una domanda la quale versi sulla totalità di una cosa o di un diritto dev'essere considerata siccome differente, quanto al suo oggetto, da una domanda anteriore, la quale non versava che sopra una parte solamente di questa cosa o di questo diritto. Tutto ciò che non era contenuto nella prima domanda può essere reclamato in un nuovo giudizio. Duranton, XIII, 464 insegna per contrario, in tesi generale, che la sentenza relativa ad una parte di una cosa o di un diritto importi cosa giudicata pel tutto. Egli invoca in appoggio della sua opinione la L. 3, D. *de Exc. rei iud.* 44, 3. Ma, egli s'inganna evidentemente intorno al senso di questa legge, la quale, del pari che la L. 7, § 4, del medesimo tit., altro non decide, se non che l'erede, il quale abbia dapprima domandate alcune cose formanti parte della successione, mediante un *iudicium singulare*, per esempio, mediante un'azione di rivendicazione, non è ammessibile a domandare posteriormente le stesse cose per via della petizione di eredità.

* Il professore tedesco ed i suoi traduttori, stabilendo le pretese conseguenze dell'assioma *Il tutto non è nella parte*, incominciano col dire, che rigettata da una sentenza la domanda relativa ad una parte della cosa o del diritto, se ne può ammettere un'altra relativa all'integrità della cosa o del diritto; ma affin di rendere cotesta regola meno urtante aggiungono che « *ciò che non era contenuto* nella prima domanda, può

di risulta, per esempio, che una sentenza, la quale abbia rigettata la dimanda di rivendicazione di una tenuta intera, ha l' autorità

essere chiesto in una seconda ». Or chi non vede che questa seconda proposizione, anzichè spiegare semplicemente la prima, invece la smentisce, e che la prima è tanto falsa quanto vera è la seconda! Sì certamente, io posso domandare con una seconda istanza ciò che non era contenuto nella prima; posso domandare il passaggio per il mio armento *(actum)* e per le mie vetture *(viam)*, ma separato dal passaggio a piedi *(iter)*, quando la mia prima domanda riguardava solo quest'ultimo; posso domandare gl'immobili B, C, D, dipendenti da quel podere, quando la prima sentenza mi ha negato lo immobile A che pure ne dipendeva; essendomi stato negato il quinto di un fondo, posso domandarne gli altri quattro quinti: in somma, essendomi stata negata una parte della cosa o del diritto, io posso domandarne *le altre parti*, le quali non erano comprese nella prima domanda. Ma non posso richiedere la *integrità* della cosa o del dritto, poichè importerebbe far versare la mia seconda domanda sulla medesima parte che faceva l'oggetto della prima.

* Un po' più in là Zachariae decidendo che colui a cui una sentenza ha negato *iter*, può domandare ancora *viam* o *actum* riguardati come comprendenti *iter*, rimanda per lo sviluppo di questa idea, non solo a Toullier, ma anche a Duranton. Or questi di cui implicitamente vuolsi seguir la dottrina, insegna al contrario al par di noi, che dopo una sentenza, che nega *iter*, si può soltanto domandare *actum* o *viam sine itinere*. Infatti egli dice prima (e con molta ragione, sebbene ciò sia contrario al sistema di Toullier e di Zachariae) che colui cui si è negato un dritto di uso non potrebbe ammettersi a domandare l'usufrutto, perchè essendo giudicato non avere io diritto ai frutti di un fondo per soddisfare ai miei bisogni, è perciò giudicato non avere diritto a tutti i frutti di esso fondo; e poi aggiunge che se la cosa è diversa per le servitù *itineris* e *actus*, e rigettata la prima si può anche domandare l'altra, *gli è perchè si può avere l'actum senza avere l'iter*, mentre è impossibile avere il pieno usufrutto senza avere quello piccolo che chiamasi uso.

* E si noti la contraddizione in cui qui incorrono Zachariae e i suoi traduttori. Onde rendere plausibile l'idea, evidentemente falsa, che io posso ancora domandare *actum* o *viam* che comprende *iter*, quando l'*iter* mi è stato negato da una sentenza, i tre giureconsulti vogliono che *via* (e sarà il medesimo per *actus*) quand'anche comprenda *iter*, si riguardi non come la riunione di due servitù che possono l'una dall'altra separarsi (il che è vero), ma come unica e indivisibile servitù; che essendo diversa da *iter* potrà domandarsi ed ottenersi dopo negato l'*iter*, ed esprimono così la loro regola « il proprietario cui fu negata una servitù può, rigettata la sua domanda, chiedere poi *una servitù di altra specie più estesa ovvero più ristretta* ». Ma allora siccome dopo rigettata la domanda di *iter*, potrei domandare la servitù diversa e più estesa *viam*, così rigettata la domanda di *via* potrei domandare la servitù diversa e più ristretta *iter*. Che diventa allora il vostro preteso principio, che il rigetto della domanda di un atto renda inammessibile la domanda di ciascuna parte di esso? principio che Toullier applica specialmente a questa specie (n. 149), spiegando per disteso che non fatta

buona la mia domanda di passare a piedi o con vettura, non posso più domandare di passare soltanto a piedi! Come spiegare siffatte incertezze e contraddizioni se non col bisogno di presentare in un modo alquanto specioso un sistema che non può affatto sostenersi, e che il solo Toullier ha osato dare quasi in tutta la sua nudità?

* Diciamo *quasi*, perchè si vede egli stesso ora fermarsi in faccia a talune conseguenze che prudentemente tace, ora esprimere tali conseguenze equivocando stranamente e uscendo senza accorgersene dal suo sistema. Così, sebbene egli stabilisca chiaramente i suoi pretesi principii, che « si oppone l'eccezione alle domande che riguardano qualche parte del tutto che era l'oggetto di una prima azione » ma che « questa eccezione non può opporsi a colui che domanda con una seconda azione un tutto di cui qualche parte era l'oggetto della prima » e sebbene egli deduca formalmente dal primo di cotesti pretesi principii, la necessaria conseguenza che colui che si fosse giudicato non aver diritto a 20,000 fr., non potrebbe nemmeno domandarne 10.000, non osa esprimere egualmente l'altra conseguenza pur necessaria del secondo principio, che colui che si è giudicato non aver diritto a 20,000 fr. potrebbe domandarne 40,000.—D'altra mano, se egli ha l'animo di dire che lasciato giudicare che io non sono proprietario dell'immobile A dipendente dal podere Corneliano, io posso domandare ed ottenere l'intiero podere insieme con tutto ciò che ne dipende, e far così giudicare la seconda volta che *io son proprietario* dell' immobile A, egli lo fa perchè sente istintiramente il bisogno di colorire la sua strana soluzione e la colorisce infatti con dire che il fondo si dichiara allora appartenermi con altro titolo. Ma se lo attore trionfa con altro titolo, la eccezione della cosa giudicata non si applicherà perchè *non est eadem causa petendi*, e non perchè non è *eadem res*; mancherà la seconda condizione, *l'identità della causa*, e non già la prima, *l' identità dell' oggetto* che è quella di cui qui trattiamo.

Si rigettino adunque le idee che benchè ammesse esplicitamente o implicitamente da tutti i nostri *scrittori* (tranne la quasi contraddizione di Duranton) sono sempre contrarie alle regole della ragione e della giustizia. Se colui che si è giudicato di non aver diritto ad *alcuna parte* di un tutto, non ne può nulla più domandare, colui che si è soltanto giudicato non aver diritto al tutto può domandarne una parte; e viceversa, colui che si è giudicato non avere diritto a *quella parte di un tutto* può domandarne le altre parti, ma non già il tutto che comprende quella medesima parte. Abbandonati i pretesi principii che si son voluti cavare dagli assiomi *pars in toto*, *non totum in parte*, abbracciamo la sana regola che una domanda è contraria ad una cosa giudicata, in tutti i casi e solo in quelli in cui una decisione conforme alla domanda contraddirebbe la prima sentenza.

* Per buona ventura ciò è stato fatto quasi per istinto dalla giureprudenza; perchè oltre la citata decisione di annullamento dei 14 febbraro 1831, ne troviamo una dei 30 marzo 1837 che condanna la pretesa regola ammessa da tutti gli scrittori, cioè che colui che è rimasto perdente nella domanda del tutto non può più domandare alcuna parte di esso. Giova riferire la specie. La signora Sochnée a cui era stato ve-

sulta ancora, che quegli il quale sia stato succumbente in un'azione di rivendicazione non è ammessibile a reclamare in appresso, sia la nuda proprietà, sia il semplice godimento a titolo di proprietario della cosa, di cui la piena proprietà aveva formato lo oggetto della sua prima dimanda (1).

In fine, i frutti civili o naturali, e, in generale, i prodotti d'una cosa corporale o incorporale, debbono considerarsi come formanti un solo e medesimo oggetto con questa cosa. Deesi da ciò conchiudere, che la sentenza, la quale abbia rigettata una dimanda di pagamento di una somma capitale, ha l'autorità della cosa giudicata relativamente ad una nuova dimanda che avesse per oggetto il pagamento degl'interessi di questa somma (2).

La regola stabilita nel cominciamento di questo numero mena, tra le altre, alle seguenti applicazioni:

a. La sentenza, la quale abbia rigettata un'azione intesa a fare riconoscere l'esistenza di una servitù, sia reale, sia personale, e principalmente di un dritto d'usufrutto sopra un fondo, non è di ostacolo che l'attore, il quale sia stato succumbente in quest'azione, formi poscia una dimanda di rivendicazione del medesimo fon-

tato per contratto di acquisto del suo terreno posto fra la strada Richelieu e i giardini proprii del venditore, di non fabbricare che sulla strada Richelieu, avea preteso quando la strada di Vienne dovette passare lin dentro il suo terreno... che perciò dispariva interamente la sua servitù non *aedificandi*, che essa aveva già la *piena libertà* del suo fondo, e poteva fabbricare sulla strada di Vienne *tanto in altezza che in profondità*, e come le piacerebbe; la sua dimanda fu rigettata da una decisione di Parigi degli 11 novembre 1833. Di poi la sig. Sochnée pretese che se non aveva il dritto di fabbricare in altezza, poteva almeno farlo *in profondità*, fabbricando sulla strada di Vienne delle botteghe al livello del muro di chiusura, le si rispose che la sua novella pretensione era contraria alla cosa giudicata, poichè il diritto di fabbricare soltanto in profondità essendo una parte del dritto di fabbricare in profondità e in altezza, e la parte essendo compresa nel tutto, la nuova quistione era giudicata dalla prima decisione.

* Egli allegava le leggi romane, Toullier, Duranton, ecc. Ciò non ostante la pretensione della signora Sochnée fu fatta buona tanto nel tribunale della Senna, che dalla Corte di appello di Parigi, e dalla Corte di cassazione (Dev., 37, 1, 80). E ciò ragionevolmente, perchè il dritto di innalzare qualunque fabbrica, e quello di fabbricare in profondità e non già in altezza non sono un medesimo oggetto. Non v'è ombra di contraddizione fra la decisione che giudica non aver il dritto di *fabbricare in profondità* ed *in altezza insieme*, e quella che decide poter fabbricare solo in profondità.

(1) L. 21, § 3, D. *de Exc. rei iud*, 44. 2. Proudhon, *dell'Usufrutto*, III, 1271; Toullier, X, 153 e 164; Duranton, XIII, 465. Confr. testo e nota 61 *infra*.

(2) L. 8, § 1, e L. 23, D. *eod. tit.* Pothier, *op. cit.*, n.i 892 e 893. Duranton, XIII, 469.

do. Reciprocamente, la sentenza, la quale rigetta una dimanda di rivendicazione, non impedisce che l'attore istituisca in appresso una azione confessoria di servitù, e specialmente che egli reclami il godimento a titolo di usufruttuario del fondo sul quale versava la sua prima dimanda (1).

b. Il proprietario di un immobile, che abbia reclamata una servitù reale sopra un fondo, può, malgrado il rigettamento di questa dimanda, reclamare in appresso sullo stesso fondo una servitù di specie differente, o che sia più ristretta o che sia più estesa della prima, e, in quest' ultimo caso, o che essa comprenda virtualmente o no il diritto il quale aveva formato l' oggetto della primiera dimanda. Per tal modo, il proprietario di un fondo può, dopo di essere stato succumbente in un'azione confessoria avente per oggetto un passaggio a piedi, (*iter*) reclamare in appresso un passaggio per le bestie da soma, (*actus*) o con carrelli (*via*) (2).

c. Quegli che sia stato succumbente in una dimanda, la quale aveva unicamente per oggetto il pagamento degli interessi di un credito, è ammessibile a dimandare in appresso il capitale; eccetto se, sopra un'eccezione proposta dal reo convenuto, il credito istesso sia stato dichiarato inesistente, nullo, ovvero estinto.

d. La sentenza che condanni il debitore e 'l fideiussore, in tale qualità, a pagare un debito, non impedisce che il fideiussore possa, nel momento della esecuzione, opporre ai procedimenti le eccezioni di escussione, di divisione o *cedendarum actionum*, che gli competano (3).

e. La sentenza che abbia pronunziato l'arresto personale contro un individuo, dichiarandolo commerciante, non ha l'autorità della cosa giudicata, per quanto risguarda siffatta qualità, allorchè trattisi in appresso di farlo dichiarare fallito. Adunque il tribunale, innanzi a cui la dichiarazione di fallimento venga provocata, può rigettare siffatta dimanda, pel motivo che il reo convenuto non sia commerciante, ancorchè questa domanda sia istituita dallo stesso creditore che aveva ottenuto la prima sentenza (4).

3) Dell' identità della causa

Non ostante l'identità delle parti e quella dell'oggetto, una sentenza non ha l'autorità della cosa giudicata, se l'azione o l'eccezione istituita e proposta nel no-

(1) Vedi le autorità citate nella nota *supra*. Ric. rig., 21 vendemmiale anno XI, Sir., III, 2 586.

(2) L. 11. § 6, e L. 26, D. *eod. tit.* Pothier *op. cit.* n. 894. Toullier, X, 153. Duranton, XIII, 467.

(3) Di fatti, queste eccezioni, le quali suppongono un' obbligazione principale ed una fideiussione valide, differiscono compiutamente, quanto al loro oggetto, dalle eccezioni di nullità o altre che possano competere al fideiussore, sia contro l'obbligazione principale, sia contro la fideiussione. Ric. rig., 20 marzo 1843 Sir., XLIII, 1, 455.

(4) Civ. rig., 4 maggio 1842, Sir., XLII, 1, 549. Vedi ancora: Civ. rig., 1 dicembre 1841, Sir., XLI, 1, 801.

vello giudizio non sia fondata su la stessa causa che l'azione o la eccezione su di cui siffatta sentenza abbia sostituito.

Intendesi per causa, in questa materia (1), il fatto giuridico che costituisce il fondamento diretto ed immediato del diritto o del beneficio legale che l'una delle parti faccia valere per via di azione o di eccezione (2).

Non debbonsi confondere colla causa di un'azione o di una eccezione le circostanze o le ragioni che possano concorrere a costituire siffatta causa, o servire a giustificarne l'esistenza. La diversità di tali circostanze o ragioni non produce diversità di cause (3). Quindi derivano, tra le altre, le seguenti conseguenze:

a. Due dimande debbono esse-

(1) In materia di convenzioni, il vocabolo *causa* si prende in un significato tutto differente.

(2) Laonde, la causa dell'azione o dell'eccezione non consiste già nel benefizio medesimo che trattisi di far valere, ma nel principio generatore di questo benefizio. Quanto alle azioni reali in particolare, non è già il diritto di proprietà, di servitù o d'ipoteca, ma il titolo di acquisto di tale diritto quello che ne costituisce la causa; ed a torto, per questa classe di azioni, i legislatori hanno ravvisato nel diritto in litigio la *causa remota vel generalis* dell'azione. Ed in vero, questo diritto non costituisce nè la *causa proxima*, nè pure la *causa remota* dell'azione, di cui, in realtà, esso è l'oggetto. Conf. la nota seguente.

* (3) Marcadè così ragiona:

* Ma che s' intende mai per causa?—La è quistione importantissima, ma assai difficile e trattata in generale in modo non molto soddisfacente.

* La causa è il fondamento *immediato* del dritto che la parte vuole esercitare, è la base *immediata* della domanda, e quindi non bisogna confonderla o con le diverse circostanze che costituiscono le basi mediate, o i semplici *mezzi* che producono o giustificano la causa ultima (come spesso si è fatto), o col dritto stesso, che è *oggetto* della domanpa (come han fatto gli antichi commentatori, e di recente anche Bonnier e Poujol).

* E primieramente, non vuolsi confondere la causa con gli elementi che la producono o giustificano, nei quali si riconosceranno i principî del dritto domandato, e quindi le basi dell'azione con cui si domanda il dritto, ma sono basi lontane e mediate, cause della causa, cui la legge non potrebbe aver riguardo senza render perpetue le liti, e privare di ogni efficacia le decisioni giudiziarie. La causa è nella base ultima, nel principio *immediatamente* generatore che i Romani benissimo chiamavano *causam* PROXIMAM *actionis*. Così quando mi si è negato che si annullasse un atto notarile per un vizio di forma cavato dalla minore età di un testimone, non potrò un'altra volta impugnare quell' atto per un altro vizio di forma cavato da qualunque altra circostanza, p. e. dal non essere francese uno dei testimonî. In ciò concordano gli scrittori e le decisioni.

* E in fatti la causa della mia prima domanda, cioè il suo motivo prossimo, la sua base *immediata*, non era il fatto della pretesa minore età del testimone, ma la irregolarità delle forme nell'atto. Che ho io chiesto? La nullità dell'atto notarile. Essa dunque era l'oggetto della mia domanda. —Perchè l'atto doveva dichiararsi nullo secondo io diceva? Perchè desso era irregolare nella sua forma. La

re riguardate come fondate sulla stessa causa, benchè in appoggio della seconda si presenti una nuova ragione, desunta da una leg-

idea generale della irregolarità delle forme era dunque il motivo prossimo della mia azione, la sua base immediata, la sua *causa*.—Ma perchè l'atto era vizioso nella sua forma? per la minore età di un testimone. Questo fatto speciale che risponde al secondo perchè, era dunque una causa della causa; in altri termini, una base mediata della domanda, un semplice *mezzo*. Ed ora nella mia seconda, l'essere straniero uno dei testimoni o qualunque altra circostanza da me allegata, è pure la base più remota su cui si fonda la base immediata; ed essendo pur questa l'idea generale della *irregolarità delle forme*, ne segue che benchè diversi i mezzi, la causa è una nei due casi. Come ben si scorge dal fin qui detto, i mezzi sono pur causa, poichè concorrono a sostenere la domanda; e la causa è pure un mezzo essendo una, anzi la prima delle ragioni allegate in sostegno di quella. Siccome ben si è detto in fisica chiamarsi NUVOLA *il vapore* che s'innalza nell'aria; e NEBBIA *il vapore* che resta a fior di terra, così si può dire chiamarsi CAUSA il mezzo che determina immediatamente la domanda, e MEZZI le cause che sono più remote. Ma qui come sempre, dobbiam dare rigorosamente ad ogni cosa il suo nome proprio, e affin di non incorrere in una confusione pericolosa e comune, vuolsi intendere per causa la base immediata chiamando MEZZO tutte le altre.

* Di leggieri si comprende che se non fatta buona la mia domanda di annullarsi una convenzione per errore, io ne domando poi l'annullamento per dolo o per violenza, o *viceversa*, essa sarà rigettata per la autorità della cosa giudicata. In ambi i casi in fatti, la base immediata, la causa della domanda è la stessa, cioè l'idea generale di essere vizioso il consenso dato (articolo 1109 (1056)); e le circostanze speciali e diverse nei due casi, di errore, di violenza o dolo sono basi remote mediate, in altri termini cui la legge non riguarda.

* Ciò basta per far comprendere quanto sia poco esatta la definizione della causa data dal professore Bonnier, il quale concorda con noi pei risultamenti, dicendo non essere « la base generale dell' azione, ma la causa speciale (num. 689) ». Al contrario nella base *generale* e comune alle diverse azioni noi troviamo la loro causa, e nella base speciale di ciascheduna un mezzo. Non bisogna dunque determinare la causa distinguendo le basi in *generali* e *speciali*, ma distinguendole in *mediate* e *immediate*.

* Cotesta regola fondamentale non può ben comprendersi senza precise spiegazioni, e deve far meraviglia che Duranton ne abbia fatto a meno indicando soltanto anche sommariamente, ciò che s'intende per *causa della domanda* (Vedi t. XIII, numero 472).

* Ed è tanto più difficile a comprendersi quanto a primo aspetto pare poco naturale ed equa. Infatti sembra duro che colui cui non si è fatta buona la domanda di nullità di un atto per essere irregolare in una delle forme, non possa più far valere la irregolarità di un' altra forma affatto diversa della prima, e che sia respinto dall'autorità della *cosa giudicata*, trattandosi di un punto che nella sua prima azione non era stato sottoposto al giudice, e a cui non avevano pur pensato nè il giudice nè egli stesso.

* E il medesimo di colui che dopo aver perduto, allegando il suo errore, vuol far valere un dolo di

ge ond'erasi trascurato d'invocare le disposizioni nel tempo della prima dimanda, o si offra la pruova di fatti che non eransi dapprima articolati (1).

b. È lo stesso di due dimande

cui non si è punto trattato nella sua prima domanda, un dolo che egli stesso forse non conosceva, e che *ha conosciuto poi!* Come mai la ragione, l'equità e l'esattezza stessa del linguaggio posson fare dire in questi e in altri simiglianti casi che la quistione è giudicata?

* La regola si spiega col sagrificio sempre necessario dello interesse particolare all'interesse generale. Se si potesse qui riguardare altro che la base prossima e la immediata, avrebbe dovuto tenersi ragione non solo della base che precede immediatamente quella e che è la seconda in salire, ma pur dell'altra che precede la seconda, e così via risalendo fino alle cause più remote perchè l'obbiezione che ci abbiamo fatto per la causa del secondo grado, può farsi per quelle di un grado più in là.

* Permettendo nuove discussioni per tutte le cause nuove per remote che siano, cioè per tutti i nuovi mezzi, si sarebbero eternati i litigi, come abbiam detto, ridotto le decisioni giudiziarie ad esser sempre provvisorie e distrutta l'autorità della cosa giudicata. Dunque per quanto molesta possa essere la conseguenza in questo o quel caso per le parti, non si doveva tener conto che della causa propriamente detta e prossima, fatta astrazione dei semplici *mezzi* o cause remote. Spetta a colui che fa una domanda d'indagare tutte le circostanze rilevanti che si riattaccano alla causa prossima, acciocchè nulla trascuri di ciò che può essere decisivo.

* Giustificata la regola riguardo all'equità, si giustifica facilmente per la esattezza dei termini. Perchè ammessa, come costitutiva della *quistione* giudiciaria la sola causa prossima della domanda, esattamente si dirà che la *quistione* è giudicata, ogni qualvolta la discussione sarà troncata rispetto alla causa prossima. Così nel primo esempio sopra citato non si potrebbe dire la seconda quistione giudicata dalla prima sentenza, se la formola di essa doveva comprendere l'indicazione della causa remota. Si direbbe essersi giudicato *se l'atto è nullo per vizio di forma risultante dalla minore età d'un testimone*, e non già se *vi fosse nullità* per vizio *di forma risultante dall'essere uno dei testimonii straniero*. Ma essendovi un altro elemento, posta così la quistione, perchè la formola legale che respinge qualunque altra base che la causa immediata, si restringe a questo: *evvi nullità per vizio* di forma? senza riguardare il perchè del vizio (perchè ciò menerebbe ad una base mediata), la quistione è la stessa nei due affari ed è stata giudicata.

Questa idea appunto il giureconsulto Nazario esprime nella L. 27, D. *de Except. rei iud.* 44, 2, allorchè egli esige l'identità della *causa proxima actionis*. Uniformandoci a questa terminologia, verranno chiamate *causae remotae* i diversi elementi o fatti giuridici i quali, sia separatamente ed indipendentemente l'uno dall'altro, sia pel loro concorso possano, giusta la legge, costituire la *causa proxima actionis*.

(1) Non può evidentemente essere permesso il cominciare di bel nuovo una lite, pel semplice pretesto di nuove ragioni, sia di fatto, sia di ritto. Altrimenti, le decisioni giudiziarie non avrebbero giammai altro che un carattere provvisorio. Ric. rig., 24 febbraio 1835, Sir., XXXV, 1, 179.

di nullità di un atto per vizio di forma, quantunque la seconda si fondi sopra una irregolarità di cui l'attore non si era prevaluto nel primo giudizio (1).

c. Debbonsi egualmente considerare come fondate sulla medesima causa due dimande che tendano all'annullamento di una disposizione o di una convenzione per difetto di consenso valido da canto del disponente o di una delle parti, ancorchè, nel secondo giudizio, l'attore arguisca di nullità il consenso per un vizio di cui egli non aveva fatta menzione nel primo giudizio (2).

Per contrario, non esiste veru-

(Una nuova ragione, quale che essa sia, lo scoprimento di nuovi titoli, non può essere una causa sufficiente per rinnovare una domanda rigettata da una prima sentenza passata in cosa giudicata. Brusselles, 18 gennaio 1827, e 22 gennaio 1845, *Pasicrisia belga*, e *Giur. di B*, 1846, *Giur. di B.*, 1827, 2, 144: Dalloz, IX, 113; Sir.. XVII, 2, 409; XIX, 1. 260; XXI, 1, 309; Voet, lib. 44, tit. II, n. 4; Toullier, t. 4, n. 166.

—La decisione, che dichiari valido un pignoramento di mobili, ha l'autorità della cosa giudicata riguardo ad una nuova domanda di nullità del medesimo pignoramento, fondata sopra nuove ragioni: In altri termini, quegli che abbia delle ragioni di opposizione da presentare, dee farle valere tutte in un tempo. Brusselles, 9 settembre 1822, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(1) Di fatti, qual'è mai la *causa proxima* dell'azione di nullità, diretta contro un atto istrumentario come tale? Questa è il difetto di forma legale; e benchè l'inosservanza di ciascuna delle formalità prescritte per la validità di un atto costituisca un vizio distinto, nondimeno tutti questi vizii particolari si confondono nel difetto di forma legale, il quale costituisce una sola e medesima causa di domanda, qualunque sia d'altronde la circostanza speciale, *causa remota*, per ragion di cui l'attore pretendesse che l'atto sia sprovveduto di forma legale. Aggiungeremo che porrebbesi altri in opposizione co' motivi di ordine pubblico su' quali è fondata l'autorità della cosa giudicata, autorizzando una parte a domandare l'annullamento di un atto a causa di difetto di forma, per mezzo di tante azioni distinte e successive, per quanti fossero i *vizi particolari* che ella crederebbe di riconoscervi. Questo sarebbe un darle il mezzo da eternare la contestazione. Toullier, X, 166. Bonnier, n. 690. Colmar, 17 luglio 1816. Sir., XVII, 2, 409. Rie. rig., 3 febbraio 1818, Sir., XIX, 1, 160. La proposizione enunciata nel testo è stata applicata a due domande di nullità istituite contro l'ordinanza di *exequatur* di una sentenza arbitrale, e fondate, l'una sulla circostanza che gli arbitri non avevano pronunziato nel termine legale, e l'altra sull'essere stata l'ordinanza rilasciata da un magistrato incompetente. Civ. cass., 29 gennaio 1821, Sir., XXI, 1, 309. Vedi altresì: Brusselles, 22 gennaio 1845, *Giur. di B.*, 1846, 258.

(2) Questa proposizione va giustificata mercè considerazioni analoghe a quelle che sono state presentate nella nota precedente. Quando trattisi di una domanda di nullità per causa di violenza, di errore e di dolo, la *causa proxima actionis* non consiste già ne' fatti di violenza, di errore o di dolo, specialmente invocati o articolati dall'attore, ma bensì nella mancanza di valido consentimento. Questi fatti altro non sono che le *causae remotae* dell'azione di nullità. Toullier, X, 165. Bonnier, n. 690.

na identità di causa tra due dimande, le quali abbiano entrambe per oggetto l'annullamento di una medesima convenzione, ma sieno fondate sopra cause di nullità di una natura differente. Quindi, due dimande di nullità di una convenzione non debbono essere riguardate come fondate sulla medesima causa, quando l' una sia fondata sulla incapacità dell' attore, e l'altra abbia per base, o l'invalidità del suo consenso, o la mancanza d'un oggetto lecito (1).

Non vi ha neppure identità di causa : tra due dimande, di cui l' una aveva per oggetto la risoluzione di una vendita per ritardo nella tradizione della cosa venduta, e l'altra tenda alla risoluzione della stessa vendita, per motivo di un' impossibilità assoluta di tradizione (2) ; nè tra due azioni, di cui l' una era diretta a fare annullare una vendita come contraria alla legge o ai buoni costumi, e l'altra abbia per oggetto il farla annullare per causa di simulazione (3); nè tra un'eccezione di prescrizione, opposta dal convenuto ad una dimanda di divisione, ad un'eccezione fondata sopra un titolo che avesse trasmessa al convenuto la proprietà esclusiva dei beni di cui sia dimandata la divisione (4).

Sonovi delle azioni o delle eccezioni che differiscono tra loro ad un tempo stesso, e quanto al loro oggetto, e quanto alla causa sulla quale esse sono fondate. Tali sono, tra le altre (5):

Le azioni o le eccezioni di nullità, dirette contro l'atto istrumentario che contenga una convenzione o una disposizione, e quelle che si applicano alla convenzione o alla disposizione istessa, riguardata sotto il rapporto delle condizioni intrinseche necessarie per la sua validità (6);

Le azioni di nullità e quelle di rescissione per causa di lesione (7);

Le azioni di nullità o di rescissione di una convenzione, e quelle di risoluzione o di storno di tale convenzione (8).

Le azioni possessorie, e le azioni petitorie (9).

(1) Toullier, X, 167.
(2) Ric. rig., 20 novembre 1834, Sir., XXXV, 1, 816.
(3) Ric. rig. 27 agosto 1817, Sir., XVII, 1, 386.
(4) Civ. cass., 6 dicembre 1837, XXXVIII, 1, 33.
(5) Vedi altresì: Civ. cass., 3 agosto 1819, Sir., XIX, 1, 359; Ric. rig., 29 aprile 1839. Sir., XXXIX 1, 435; Ric. rig., 9 maggio 1843, Sir., XLIII, 1, 769.
(6) Ric. rig., 8 maggio 1839, Sir., XXXIX, 1, 720.
(7) Toullier, X, 168.
(La sentenza che dichiari un testamento valido nella forma non produce l'autorità della cosa giudicata relativamente alla domanda di nullità per causa di sostituzione. Liegi, 10 marzo 1813, *Raccolta di Liegi*, V, 173).
(8) Toullier, *luogo cit.*
(9) L. 14, D. *de Except. rei iud.* (44, 2). Arg. Codice di proced. art. artic. 129 e 131, LL. di pr. civ. Da ciò risulta che le sentenze pronunziate nel possessorio non hanno alcuna autorità nel petitorio, nè quanto al fatto stesso del possesso, nè quanto ai caratteri attribuiti ai fatti di godimento invocati da una delle

Allorchè due azioni principali derivino concorrentemente da una sola e medesima causa, la sentenza pronunziata sopra una di esse ha l'autorità della cosa giudicata relativamente all'altra, anche quando quest'ultima sia più estesa o sia istituita con uno scopo o per un interesse differente (1). Per tal modo, a cagione di esempio, la sentenza, la quale abbia rigettata una dimanda di rivendicazione di determinati immobili particolari, reclamati da un erede come dipendenti dalla successione a cui egli si trovi chiamato, ha per quanto concerne questi immobili, l' autorità della cosa giudicata relativamente alla petizione di eredità che questo erede istituisse dappoi contro lo stesso convenuto e *viceversa* (2). Per tal guisa ancora, la sentenza, la quale abbia rigettata una dimanda di petizione di eredità, ha l'autorità della cosa giudicata relativamente all' azione di divisione di eredità, che venisse in appresso istituita da colui che sia stato succumbente nella prima(3). Similmente, la sentenza che abbia respinta l'azione personale *ex testamento* di rilascio di un immobile legato, ha l'autorità della cosa giudicata, quanto all'azione di rivendicazione con cui il preteso legatario reclamasse *lo stesso* immobile, fondandosi sul testamento che serviva di base alla sua prima dimanda (4). Similmente in fine, la sentenza che abbia rigettata una dimanda di di-

parti: poco importa d'altronde che esse abbiano ammessa o rigettata l'azione. Toullier, X, 156. Per tal guisa soprattutto, il giudice del petitorio può, senza violare l' autorità della cosa giudicata, decidere che i fatti di godimento, i quali sieno stati dichiarati sufficienti per dar motivo ad un'azione possessoria, sieno equivoci e non possano servire di fondamento alla usucapione. Ric. rig., 17 febbraio 1809, Sir., IX, 1, 316. Nimes, 17 gennaio 1812, Sir., XIII, 2, 231. Ric. rig., 25 gennaio 1842, Sir., XLII, 1, 972. Risolta, in senso inverso, dalla proposizione enunciata nel testo, che le sentenze pronunziate nel petitorio non hanno l'autorità della cosa giudicata nel possessorio. Se l'art. 130 LL. di proc. civile dichiara l'attore nel petitorio non ammessibile ad agire dappoi nel possessorio, non è già perchè la sentenza intervenuta sull'azione petitoria abbia l'autorità della cosa giudicata quanto all'azione possessoria, ma unicamente perchè i nostri legislatori hanno creduto di dover attribuire al fatto della introduzione di un' azione petitoria una presunzione, la cui esattezza è per lo meno contrastabile, e che i giureconsulti romani non ammettevano. Vedi: L. 12, D. *de Acq. vel amit. poss.* 41, 2.

(1) L. 5. L. 7, § 1, L. 11, § 4, D. *de Except. rei iud.* (44, 2). L. 43, § 1, D. *de R. J.* (50, 17). Toullier, X, 163. Proudhon, *dell' Usufrutto*, III, 1276. Duranton, 480 e seg. Ric. rig., 6 aprile 1831; Sir., XXXII, 1, 854. In simigliante caso la massima: *Electa una via non datur recursus ad alteram*, è di un'applicazione esatta: la sentenza che rigetti una delle azioni assorbisce in un modo assoluto la causa che è comune alle due, e rende per questa medesima ragione non ammessibile l'altra.

(2) L. 3, e L. 7, § 4, D. *eod. tit.*

(3) L. 8, D. *eod. tit.* e L. 18, D. *de Except.* 44, 1.

(4) Duranton, XIII, 482.

minuzione di prezzo istituita dal compratore, per una delle cause indicate negli artic. 1464, 1482, 1484 e 1490, ha l'effetto della cosa giudicata relativamente alla azione di risoluzione di vendita, che il compratore intentasse dappoi per la stessa causa (1).

Ma non deesi confondere colle ipotesi, che sono state ora indicate, il caso in cui una persona avesse, relativamente allo stesso oggetto, due azioni fondate sopra cause differenti. La sentenza intervenuta sopra una di queste azioni non avrebbe l'effetto della cosa giudicata rispetto all'altra. Questo è ciò che avrebbe luogo, per esempio, nel caso in cui il proprietario di un immobile, dopo di essere stato succumbente in una dimanda di restituzione di questo immobile, fondata sopra una convenzione di locazione o di anticresi, lo reclamasse dappoi per via di rivendicazione (2).

Il principio che l'autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non in quanto si tratti di dimande fondate sulla stessa causa, si applica non solamente alle azioni personali, ma ancora alle azioni reali, purchè nondimeno queste sieno state istituite con indicazione della *causa*, vale a dire, del titolo di acquisto di cui l'attore intendeva prevalersi (3). Per tal guisa, a cagione di esempio, la

(1) L. 25, § 1, D. *de Except. rei iud.* 44, 2. Toullier, X, 163. Proudhon, *op. cit.*, III, 1276. Duranton, XIII, 480.

(2) In questa ipotesi, niente giustificherebbe l'applicazione della massima: *Electa una via*, ecc. Toullier, X, 171 e seg. Conf. altresì: L. 60, D. *de Obl. et act.* 44, 7; L. 130, D. *de R. J.* 50, 17.

(Colui il quale abbia litigato intorno alla validità di un titolo, il quale sia stato dichiarato nullo, può poscia venire a reclamare gli stessi beni in virtù di un titolo, il quale non abbia dovuto avere i suoi effetti se non dopo l'annullamento del primo. Liegi, cass., 11 luglio 1814, *Pasicrisia belga*, sotto questa data.

—Allorchè, all'esercitarsi di una ricompra, il convenuto abbia impugnato il contratto come pignoralizio, e l'attore lo abbia negato con giuramento, la sentenza che intervenga o che ordini l'abbandono del fondo, non racchiude cosa giudicata sull'azione di restituzione de' beni, fondata sulla circostanza, che, mediante vendita simulata, essi erano stati dati in anticresi).

(3) I commentatori del diritto romano non sono di accordo sul punto di sapersi, se le azioni reali, e soprattutto quella di rivendicazione, sieno suscettive di essere istituite in virtù di un titolo determinato, dimodochè l'attore, il quale sia stato succumbente in una domanda, fondata sopra una causa di acquisto specialmente indicata, conservi ancora la facoltà di agire in virtù di un'altra causa di acquisto; o se, per contrario, tutti i titoli, mediante i quali egli potesse aver acquistato il diritto cui intenda di far riconoscere in suo vantaggio, si trovino, per la forza delle cose, dedotti in giudizio, in guisa che la sentenza, la quale rigetti una somigliante azione, renda l'attore non ammessibile a riprodurla, sotto il pretesto di una causa differente. I partigiani di quest'ultima opinione si fondano principalmente sul riflesso, che, a differenza di ciò che ha luogo per la formola delle azioni personali, quella delle azioni reali non compor-

sentenza, la quale abbia rigettata una dimanda di petizione d'eredità, fondata sopra un diritto di successione *ab intestato*, non ha

terebbe l'indicazione della causa. Ma questa supposizione ci sembra essere smentita dalla L. 14, § 2, D. *de Except. rei iud.* (44, 2), e soprattutto dalla L. 11, § 2, *eod. tit.* dalla combinazione delle quali risulta una distinzione ben nitida tra 'l caso in cui un'azione reale sia stata istituita con indicazione della causa, e 'l caso in cui essa lo sia stata in un modo vago e generico, senza espressione di un titolo particolare di acquisto. Vedi su questa controversia: Brackenhoeft, *op. cit.* nota 22. Checchè ne sia di questo punto di dottrina per diritto romano, la proposizione enunciata nel testo ci sembra incontrastabile per diritto nostro. Essa era seguita nell'antica giureprudenza; ed i compilatori del Codice l'hanno implicitamente consacrata, esigendo, come condizione della cosa giudicata, l'identità della causa, senza distinguere tra le azioni reali e le azioni personali. Non esiste d'altronde veruna disposizione, la quale, per le azioni reali, imponga all'attore, sotto pena di decadenza, l'obbligazione di far valere simultaneamente tutti i titoli in virtù de' quali egli pretendesse di aver acquistato il diritto litigioso; e non sa vedersi in conseguenza perchè mai l'attore non sarebbe nella libertà di dedurre in giudizio quello solamente de' suoi titoli che egli reputi convenevole d'invocare. Non è forse possibile che egli s'inganni sul valore rispettivo dei suoi differenti titoli, o che egli ignori l'esistenza di uno o più di essi? E convien forse punire la sua ignoranza, o il suo errore, con una decadenza che la legge non pronunzia? Aggiugniamo che sarebbe dare all'autorità della cosa giudicata una estensione contraria alla ragione, ove si estendesse l'effetto di una sentenza, la quale abbia rigettata un'azione reale istituita in virtù di un titolo determinato, ad una nuova domanda fondata sopra altri titoli di acquisto, che il giudice non era stato chiamato ad esaminare. Appunto perchè la prima dimanda è stata istituita in virtù di un titolo determinato, essa si è trovata circoscritta in questo titolo medesimo, il quale essa era intesa ad ottenere che venisse riconosciuto e posto ad esecuzione. Indarno direbbesi (il che è vero) che uno stesso diritto reale sulla stessa cosa non potrebbe, in un dato momento, appartenere più di una volta *alla* stessa persona. Di fatti, se risulta da ciò, che colui, il quale abbia rivendicato un diritto reale in un modo generico e senza restrizione ad un titolo determinato, e'l quale per questa medesima ragione avesse volontariamente dedotte in giudizio tutte le cause di acquisto su di cui la pretensione potevasi appoggiare, non è ammessibile a riprodurre la sua domanda, non ne siegue in modo alcuno che colui il quale, avesse erroneamente reclamato un diritto reale in virtù di un titolo specialmente indicato, titolo che sia stato eliminato come nullo o come insufficiente, non possa realmente aver fondamento da reclamare lo stesso diritto in virtù di un'altra causa di acquisto, e che la sentenza intervenuta sulla sua azione abbia l'autorità della cosa giudicata in quanto a questa causa. Indarno altresì si obbietterebbe, che la causa di ogni azione reale consista nell'esistenza del diritto rivendicato dall'attore e che la produzione, in un secondo giudizio, di un titolo di acquisto del quale egli non erasi prevaluto nel primo giudizio, non costituisca, in conclusione, salvochè una nuova ragione. Questa obiezione trovasi sufficientemente confutata dalle osservazioni che noi abbia-

l'autorità della cosa giudicata, relativamente ad una nuova dimanda di questo genere, basata sopra un diritto di successione testamentaria. Per tal guisa ancora la sentenza, la quale abbia rigettata una dimanda di rivendicazione fondata sopra un testamento, non impedisce che l'attore riproduca la stessa azione, appoggiandola su di un testamento, sia anteriore, sia posteriore a quello di cui egli erasi dapprima prevaluto (1).

mo fatto *supra*. Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 896. Toullier, X, 159. Proudhon, *dell'Usufrutto*, III, 1274. Duranton, XIII, 472. Bonnier, n. 687. Vedi altresì le autorità citate nelle due note seguenti.

(1) Montpellier, 15 febbraio 1841, Sir., XLI, 2, 213. Ric. rig., 3 maggio 1841, Sir., XLI, 1, 720.

.* Non era così in Roma, almeno quando l'azione reale era stata fatta senza esprimersi specialmente la causa: cioè il titolo di acquisto (D. lib. 44, tit. II, XIV, § 2). Ma siccome da noi la citazione deve contenere a pena di nullità la esposizione dei motivi e quindi la indicazione della causa allegata (art. 133, Codice di proced.), non può avvenire quel caso, e ove pure avvenisse perchè l'avversario non avrebbe fatto dichiarar nulla la citazione, noi stimiamo come Bonnier (n. 687) contro la sentenza di Zachariae, che per doversi accogliere la seconda domanda fondata sopra altra causa, basterebbe la indicazione della prima, fornita dai motivi della prima sentenza. Infatti ben ragionevolmente senza alcuna distinzione nè restringimento si riconosce l'autorità della cosa giudicata solo per la seconda domanda che è al pari della prima fondata sulla medesima causa; dunque la mia nuova domanda deve accogliersi, ove io provi con qualunque siasi mezzo che si fonda sopra una causa diversa dall'antica. Deve pure applicarsi, checchè ne dica Toullier secondo la legge romana (X, 169), e quando le due cause di domanda successivamente allegate, esistevano ambedue nella persona dell'attore al tempo della prima azione, e quando la seconda ha cominciato ad esistere dopo rigettata la prima. Così vendendosi da Pietro lo stesso immobile a mio padre nel 1840, e poi a me nel 1841; divenuto io erede di mio padre nel 1842, scorso qualche tempo ho richiesto da Pietro il rilascio dell'immobile per la vendita fatta a me nel 1841; succombendo in questa azione potrei intentarne un'altra per la vendita fatta a mio padre nel 1840. La causa della seconda azione non è quella della prima; diversa è la quistione che si mette innanzi nel secondo litigio, e non vi è affatto cosa giudicata. Si è dichiarata inefficace la vendita nel 1841, ma nulla si è giudicato intorno a quella del 1840.

* Perchè dunque non dovrebbe accogliersi la mia domanda? Dice Toullier, perchè riunitisi il dritto e le azioni di mio padre ai miei e costituendo un solo patrimonio, le due azioni che derivavano primamente dalle due vendite, *ne formano ora una sola*. La conseguenza non può essere più falsa; formando un solo patrimonio quello di mio padre e il mio, ne segue che le due azioni sono ora in un medesimo patrimonio anzichè in due, ed appartengono ad una medesima persona anzichè a due; quindi risulta dall'accettazione dell'eredità che le due azioni appartengono alla medesima persona, ma non già che una di essa sia assorbita dall'altra e ne formano una sola: son sempre due azioni somiglianti ma distinte, essendovi due cause d'azio-

Questa osservazione si applica ugualmente alle eccezioni che abbiano per oggetto il far valere dritti reali. Quindi la sentenza, la quale abbia respinta l'eccezione di proprietà esclusiva, che il reo convenuto aveva opposta all'azione di divisione, fondandosi sulla prescrizione, non ha l'autorità della cosa giudicata riguardo alla stessa eccezione, che il convenuto opponesse di bel nuovo a questa dimanda, invocando un altro titolo di acquisto (1).

Che se un' azione reale fosse stata istituita in un modo generale, e senza indicazione di un determinato titolo d'acquisto, la sentenza intervenuta su questa azione avrebbe l'effetto della cosa giudicata, in quanto a tutti i titoli, indistintamente, che l'attore

ne, due vendite. L'assorbimento non potrebbe ammettersi, se invece di supporre due titoli di acquisto simiglianti, se ne suppongano due diversi, una donazione, una vendita, l'azione *ex empto* e l'azione *ex donato* non possono diventare una sola e medesima. Se fosse vero l'assorbimento, bisognerebbe dire nel caso preveduto dal medesimo Toullier in cui mio padre ed io, ciascuno per sè, avremmo pagato in contanti, e supposto che le vendite fossero dichiarate entrambe nulle, che le due azioni per ripetere il prezzo indebitamente pagato e che mirano ciascuna a ripetere 25,000 fr. debbano mirare ad aver quella somma, una sola volta per modo che io potrei solo ripetere 25,000 anziche 50,000. Non posso io sempre, al contrario, riunire i dritti di mio padre ai miei, far da me solo ciò che avrebbe potuto farsi separatamente da mio padre e da me, e quindi far valere o con una sola azione o con due successive o i due crediti di 25,000 fr. ovvero un credito di 50,000; prima una rivendica o poi un'altra, prima con uno dei contratti, e poi con l'altro dopo essere rimasto succombente riguardo al primo.

Perchè dunque non si dovrebbe accogliere la mia seconda domanda? Forse perchè potendo io disporre di due azioni quando ne ho intentato una, le abbia dovuto far valere insieme e perchè mi si applicherebbe la pretesa regola, che scelta prima una delle azioni, non si può più ricorrere ad un'altra *electa una via non datur recursus ad alteram!* No, perchè Toullier medesimo confuta largamente e tanto che basti (num. 170, 193), questo chimerico principio ch'è un altro errore da notare nella materia della cosa giudicata in cui hanno avuto credito molti errori. Toullier nelle trentadue pagine nelle quali censura il preteso assioma, prova contro gli antichi comentatori, contro il presidente Fabro e Merlin, che quel principio, contrario e alle regole della ragione e ai principii del dritto, è una di quelle aberrazioni mantenute da una cieca pratica; che la scelta di un'azione perchè più sicura delle altre non potrebbe togliere che si sperimentino poi le altre; una seconda azione potrebbe esser solo impedita dall'esercizio della prima coi principii della cosa giudicata, e quindi l'assioma *electa una via non datur recursus ad alteram* diventa vera, se vi si aggiunga *nisi ex alia causa*. Or essendo qui la causa della seconda azione diversa dalla prima, poichè l'una è la vendita fatta a mio padre nel 1840, e l'altra la vendita fatta a me stesso nel 1841, deve dunque accogliersi la mia seconda azione.

(1) Civ. cass., 6 dic. 1837, Sir., XXXVII, 1, 33.

poteva invocare in appoggio della sua dimanda (1).

4) Specialità relative all'influenza delle sentenze pronunziate in giudizio criminale, quanto agl'interessi civili (2).

Le due seguenti proposizioni, parallele l'una all'altra, e che si limitano reciprocamente, somministrano la soluzione delle difficoltà che presenta questa materia:

a. I tribunali criminali hanno, esclusivamente ad ogni altra giurisdizione, la missione di decidere se esista un corpo di reato, se l'accusato o il prevenuto sia l'attore dei fatti a lui rimproverati come costituenti un reato di dritto criminale, se questi fatti gli sieno imputabili quanto alla applicazione della legge penale, ed in fine se essi presentino i caratteri richiesti per dar motivo all'applicazione di una disposizione qualunque di questa legge. Le decisioni, che essi tribunali pronunziino sull'una o sull'altra di tali quistioni, godono, in un modo assoluto, e riguardo ad ogni persona indistintamente, dell'autorità della cosa giudicata (3).

(1) L. 14, § 2. L. 11 §§ 4 e 5, D. *de Except. rei iud.* (44, 2). Confr. la nota 3 p. 737, e le autorità che ivi sono citate. Va bene inteso che la sentenza, la quale abbia rigettata un'azione reale, istituita senza indicazione di causa, non ha l'autorità della cosa giudicata relativamente ad una seconda domanda fondata su di una causa, sopravvenuta solamente dopo la prima istanza. L. 11 §§ 4 e 5; L. 25, D. *eod. lit.*

(2) Non ci dobbiamo occupare della influenza che le sentenze pronunziate in giudizio civile possano avere sull'azione pubblica. Questa materia s'appartiene al diritto criminale.

(3) Nelle discussioni che sonosi elevate su questa materia, si è sempre partito dalla idea che l'influenza nel civile delle sentenze rendute in giudizio criminale dovesse determinarsi mediante l'applicazione dell' art. 1305. In questa supposizione appunto, Merlin si è attenuto a stabilire, che almeno tra certi limiti, fossevi identità di oggetto e di causa tra l'azione pubblica e l'azione civile, ed ha sostenuto, in quanto alla identità delle parti, che il ministero pubblico, perseguendo gli affari criminali a rischio, pericolo e fortuna di tutti gl'interessi, le persone lese da un delitto dovessero essere considerate siccome state rappresentate nelle sentenze pronunziate a richiesta di lui. Vedi: *Rep.*, v. Cosa giudicata, § 15, e v. *Non bis in idem*, n. 15 e 16, e soprattutto: *Quist.*, v. Falso, § 6. Toullier (VIII, 30 e seg. e X, 240 e seg.) si è per contrario sforzato di dimostrare che la azione pubblica e l'azione civile differiscono essenzialmente e quanto al loro oggetto e quanto alle parti che le esercitino. Gli argomenti addotti da quest'ultimo autore ci sembrano perentorie; e se la discussione dovesse concentrarsi sull'articolo 1305, non esiteremmo a dare la nostra adesione alla dottrina che egli ha sviluppata. Ma il punto di vista sotto il quale fino al presente si è guardata la cosa, non ci sembra esatto. Allorchè trattisi di contestazioni sottoposte ai tribunali chiamati a conoscere di quistioni della stessa natura, e le quali si rannodino al medesimo ordine d'interessi, è mestieri, onde sapere se uno di questi tribunali sia legato da una sentenza profferita dall'altro, attenersi alla regola tracciata da quest'articolo. Quando, per contrario, trattisi di

b. I tribunali criminali non sono, in generale, e salvo il caso dell' intervento della parte lesa, chiamati a pronunziare sull' esi-

tribunali, la cui missione sia compiutamente differente, è mestieri, onde determinare l'estensione della cosa giudicata da uno di questi tribunali, attenersi principalmente ed innanzi tutto alla natura ed allo scopo della sua istituzione. Or i tribunali criminali avendo per missione il pronunziare, nell' interesse della società intera, sulla esistenza dei reati, la cui repressione sia dimandata dinanzi ad essi, sulla colpabilità degli accusati o prevenuti, e nell'applicazione della legge penale ai fatti che eglino abbiano ritenuti per costanti, si disconoscerebbe evidentemente la natura e lo scopo della loro istituzione, sostenendosi che le loro sentenze, sia di condanna, sia di discarico, o di assoluzione, non abbiano rigoardo a tutti lo autorità della cosa giudicata, ed ammettendosi che un tribunale civile potesse decidere o che una data persona dichiarata colpevole di un delitto ne sia innocente, o che una data persona discaricata da un' accusa abbia realmente commesso il delitto che eragle rimproverato. Ma similmente, darebbesi alla cosa giudicata in giudizio criminale una estensione contraria alla istituzione dei tribunali di repressione, se si considerassero le sentenze emanate da questi tribunali come se avessero statuito sulla esistenza di fatti riguardanti unicamente sotto il rapporto delle conseguenze civili che essi fatti possano e debbano trarre seco, anche quando si soppongano scevri da ogni carattere di criminalità.

* Bonnier (nn, 720-723) oppone la dottrina di Merlin, a cui pare accostarsi, a quella di Toullier esposta con molta inesattezza da lui, e conchiude (n. 623) che il pubblico ministero è il rappresentante di tutti i pubblici e *privati* interessi. Supponendo ciò vero e che vi sia identità di parti, mentre non è certamente, non può esservi identità di oggetto, e quindi questo sistema è inammessibile. Poujol invece segue il sistema di Toullier, e insegna (n. 38) che mancando le condizioni richieste dall' art. 1351 (1303), non si può applicare al civile la cosa giudicata nel penale. Sarebbe difficile dire propriamente quale è la teoria di Duranton; senza rimontare ai principî generali egli solo presenta (*XIII*, 486-497) una serie di specie particolari ed una raccolta di decisioni, come altrettanti testi di legge. Pure sembra che ei segua il sistema di Merlin, e come lui ammetta che vi sia identità di parti fra le due azioni, perchè il pubblico ministero, per l'azione criminale, è il rappresentante di tutti e di ognuno (nn. 495 496).

* In tal modo gli scrittori dividonsi fra i due sistemi; secondo l'uno, la sentenza penale è efficace innanzi i tribunali civili, perchè nelle due liti, penale e civile, evvi l'identità di causa, di oggetto e di parti, come vuole l'art. 1351 (1303); secondo l'altro, se vi è identità di causa, non vi è di oggetto, nè di parti, ed in conseguenza lo stesso art. 1351 (1303) toglie il valore alla sentenza criminale innanzi il magistrato civile.

* Or cotesti due sistemi sono *ugualmente* falsi.

* Gli è dapprima certo, checchè si abbia potuto dire, che nè la identità di parti, nè massime quella di oggetto qui si trovano, come si fulgidamente è stato dimostrato da Toullier, che non avrebbe dovuto più sostenersi il contrario. Come, di buona fede, per attenerci alla identità di oggeto, si può pretendere, che il pagamento di una somma per danni-interessi e la carcerazione di un uomo, siano

stenza di fatti, considerati, non come costituenti un reato di diritto criminale, ma come offerenti i caratteri di un delitto, o di ogni

tutt'uno; che domandare da Pietro un pagamento di 20 mila fr. ovvero che gli si tronchi il capo sia domandare *la medesima cosa* e volere il *medesimo oggetto?* Come mai può dirsi con Merlin, che essendovi identità di causa, evvi perciò stesso identità *dell'oggetto fondamentale?* Che cosa è mai l'oggetto *fondamentale* nell'azione e che è lo stesso per le due domande? Senza dubbio l'oggetto, val dire ciò che forma il fondamento delle due domande, cioè il reato che ad alcuno s'imputi. Ma questo reato che serve di base alle due domande, questa cosa che è fondamentale nelle due domande è, nè più, nè meno, la *causa* di esse, per modo che la vostra frase storta (che è di quelle per cui si è detto essere la logica l'arte d'imbrogliare le idee col ragionamento), significa che essendovi identità di causa, vi è identità di oggetto. Se non deve prendersi l'oggetto per la causa, come fa Bonnier, non deve nemmeno prendersi la causa per l'oggetto, aggiungendosi anche *fondamentale* per ingannare. Ciò che è fondamentale in una domanda è la sua causa; e l'oggetto è ciò che si vuol ottenere su quel fondamento. Ripetiamolo; la morte, i lavori forzati, o qualunque altra pena che richiede il pubblico ministero, e i biglietti di 1,000 fr. da me dimandati, non sono la medesima cosa, nè lo saranno mai per tutti i possibili sofismi; o se fra le due domande vi fosse identità di causa e di parti, non potrà esservi mai identità di oggetto. Adunque è un madornale errore di Merlin, Mangin, Lesellier, Duranton, Bonnier, ec. il volere riunite le condizioni dell'articolo 1351 (1305).

* Ma il sistema di Toullier nemmanco è esatto. Come ammettere, che colui che ha fatto giudicare col mandatario della società di non essere mai avvenuto il fatto, di cui era accusato, possa per quel preteso fatto esser condannato da un tribunale civile? A ciò si oppongono tutti i principî della giustizia e dell'equità. Come ammettere, al contrario, che colui che è stato solennemente condannato, come colpevole di un reato, posciachè fu difeso con tutta la libertà e tutte le garenzie accordate dalla legge, possa poi innanzi un tribunale civile sostenere e provare legalmente di non essere stato commesso il fatto o non poterglisi imputare? Sarebbe questo uno scandalo giuridico, che ripugna tanto alla volontà del legislatore che alla ragione. Parecchi testi impongono, nè poteva essere altrimenti, che si osservassero in tutta la società e nelle discussioni civili le decisioni penali. Così specialmente, secondo l'art. 463 del Codice di istruzione criminale, dichiarati falsi, in tutto o in parte, atti autentici, da un magistrato penale, il tribunale dovrà ordinarne la radiazione o la riforma, la qual cosa non potrebbe avvenire se la decisione criminale non giudicasse la quistione in ordine agl'interessi civili. Ma infine, si è detto, fra le due decisioni non vi è nè identità di parti, nè identità di oggetto, e quindi mancano le condizioni volute dall'art. 1381 (1335). Verissimo; ma (doveasi così rispondere da Merlin e dai suoi seguaci, anzichè contrastare la evidenza) l'art. 1351 (1305) non è applicabile al caso. Esso, come abbiamo detto al principio di questa nota, è una regola dettata per le quistioni di puro dritto civile, non per quelle che sorgono dal ravvicinamento del dritto civile e del penale; la quale regola, prevedendo il caso di due decisioni civili, non bada affatto al rapporto di due azioni, l'una civile e l'altra penale.

* Pertanto, accostandoci alla opi-

altro atto di natura tale da ingenerare, sotto il punto di vista del drillo civile, conseguenze legali qualunque. Secondo l'oggetto e

nione di Dalloz (t. 2, pag. 624-625) e di Zachariae, ci sembra che Merlin, non che Toullier ebbero il torto di spiegare i rapporti del dritto penale col dritto civile con una disposizione che non li riguarda, e che il sistema del primo, vero nella conseguenza, è falso nel suo principio, e il sistema dell'altro, vero nel suo principio, è falso nella conseguenza.

* Ma se per la influenza di una sentenza penale sul civile non più si debbono richiedere le tre condizioni dell'articolo 1351 (1305), onde riconoscere l'autorità della cosa giudicata, è necessario sempre, che ciò che si pretende legalmente provato dalla sentenza, sia quello appunto deciso da essa, e che poteva esser deciso dal magistrato penale.

* E dapprima, bisogna che la quistione poteva decidersi dal magistrato penale. Questi deve decidere se esista il fatto che ad alcuno si imputa, se l'imputato ne sia autore, e se il fatto sia imputabile penalmente. Per l'opposito, i tribunali penali, tranne che l'offeso non siasi costituito parte civile (nel qual caso essi giudicano dell'azione pubblica e di quella civile) non debbono decidere se il fatto costituisce o no un delitto di dritto civile o un quasi-delitto, onde partorire le conseguenze sotto il rapporto civile. Se dunque una decisione criminale giudicava, non essendovi parte civile, essere irreprensibile il fatto, di cui è autore l'imputato, per cui non può darglisi alcuna pena; nè condannarsi a danni interessi, essa sarebbe inefficace per quest'ultimo punto, e l'offeso potrebbe sempre riproporre innanzi un tribunale civile la quistione, se esista un delitto di dritto civile, o un quasi-delitto, che dia luogo a danni-interessi.

* Inoltre è necessario, che il punto allegato innanzi il tribunale civile, come giudicato dal penale, sia proprio quello deciso. Così giudicatosi non esistere il fatto imputato a Pietro, colui che si dice offeso, sebbene non sia stato parte civile nel giudizio penale, non può essere ammesso a provare nel civile l'esistenza del supposto fatto. Similmente, se il tribunale penale, riconosciuto che il fatto ha esistito, abbia giudicato non esserne Pietro l'autore, l'offeso non potrà sfidar Pietro nel civile per ragion di quel fatto. Del pari, se il tribunale criminale, riconosciuto esistere il fatto ed esserne Pietro l'autore, abbia dichiarato di non essere a lui imputabile, non si potrà provare nel civile che egli ne sia colpevole. Viceversa, dichiarato colpevole Pietro di un reato, ove poi si domandi nel civile di quel reato, a mo' di esempio, una revoca di donazione per ingratitudine, egli non potrà più riproporre la quistione della colpabilità. In questi varî casi la quistione, che si vorrebbe riproporre innanzi il tribunale civile, è quella decisa dal criminale; e sebbene la seconda azione non ha il fine stesso della prima, sebbene non vi sia nè identità di oggetto, nè identità di parti, vi ha pure cosa giudicata. Il tribunale civile non può dichiarare inesistente il reato riconosciuto dal criminale, nè stimare estraneo ad un fatto o innocente, colui che da quello è stato dichiarato reo, nè viceversa.

* Qualunque decisione penale, profferita colla società stessa, ha per la sua generalità l'autorità di cosa giudicata senza le condizioni dell'art. 1351 (1305). Ma se invece ciò che si vuol discutere nel civile, non è identicamente il punto o uno di quelli decisi dal tribunale penale, resta integra la quistione, e può agitarsi.

la natura della istituzione di questi tribunali, le loro decisioni lasciano intatta ed intera la quistione di sapersi, se, in una data

Così, la sentenza penale, che non decidendo se il fatto esista o no, se l'imputato ne sia o no lo autore, ha dichiarato soltanto, come sempre nella Corte di Assise, che lo imputato non è *colpevole*, non potrebbe impedire, che chi si dice offeso provasse nel civile la esistenza del fatto, e che l'individuo liberato ne è lo autore, e che il fatto è un quasi-delitto o un delitto di dritto civile che mena a danni-interessi. Allora non ci ha contraddizione fra ciò che si vuol provare innanzi il magistrato civile; dappoichè si vuole far giudicare che Pietro abbia commesso un semplice delitto civile, mentre era stato giudicato di non aver lui commesso un delitto criminale. Adunque innanzi il magistrato civile si potrà proporre una quistione in tutti i casi, quando non è inconciliabile colla decisione penale.

* Cotesta regola è identica a quella da noi sostituita alla applicazione de' principî *pars in toto, non in parte totum*, quando abbiam trattato della identità di oggetto; e ci sorprende che Zachariae non abbia sopra ammesso pure la regola da lui riconosciuta giusta.

* Conforme a tal principio colui che è stato dichiarato innocente dell'incendio della sua propria casa, potrà esser chiamato dalla compagnia di assicurazione innanzi il tribunale civile; perchè si giudicasse di aver dato occasione all'incendio l'imprudenza di lui, e non aver quindi dritto ad essere ristorato dalla compagnia. Similmente, la decisione che dichiara non essere Pietro colpevole di falso, non toglie che si potesse giudicare nel civile che il documento fosse veramente falso, potendo bene avvenire che il documento sia falso e non vi sia reato (come se fosse stato alterato da un pazzo, o da un fanciullo), e che il reato di falso non fosse stato commesso da Pietro. Queste ed altre simiglianti quistioni sono state così giudicate da moltissime decisioni. Tra le quali notiamo specialmente quella che applica esattamente la regola nella ipotesi più delicata, cioè, di un imputato di omicidio involontario per imprudenza.

* A primo aspetto pare che, colui che è stato liberato dal magistrato penale, non potrebbe esser condannato civilmente a danni interessi, perchè la dichiarazione di non colpabilità importa che non vi è stata imprudenza, negligenza, ecc. da cui solo poteva nascere il delitto criminale; e non si comprende come una condanna civile (che deve fondarsi del pari sulla imprudenza) potrebbe non contraddire la prima decisione. Pure questa opinione sarebbe erronea. Se la prima sentenza del magistrato correzionale ha giudicato non aver l'imputato commesso l'omicidio, non vi potrebbe essere più condanna; ma se la decisione del tribunale correzionale, ovvero di una Corte di Assise, dice soltanto l'imputato *non essere reo* di quell'omicidio (sebbene possa esserne autore), può darsi una condanna. Infatti l'imprudenza ha i suoi gradi di più o di meno; la imprudenza, la negligenza o disaccortezza può non meritare una condanna di prigionia, e invece può dar luogo al ristoro di un danno cagionato. Quindi non vi è contraddizione tra la sentenza che nega la imprudenza che costituisce un delitto (penale) di omicidio involontario, e quella che afferma l'imprudenza aver costituito il semplice quasi-delitto dello art. 1383 (1337). Dunque a ragione la Corte di appello d'Orléans, ricombbe potersi dare una condanna civile per ristoro del danno cagionato, perchè « in tal caso la decisione civile *non*

specie, sia stato o no commesso un delitto di dritto civile, o un quasi-delitto, se i fatti rimproverati al prevenuto o all' accusato gli sieno imputabili sotto il rapporto delle conseguenze civili che s'intenda di dedurne, e se sieno di natura tale da dar adito, sia ad una dimanda di danni ed interessi, sia ad un'azione o ad una eccezione di nullità, sia ad ogni altro richiamo d' interesse civile (1).

Dalla prima di queste proposizioni risulta, che ogni sentenza di condanna renduta in giudizio penale ha pure nel civile la autorità della cosa giudicata, quanto all'esistenza del reato sul quale sia intervenuta, e quanto alla colpabilità dell'individuo condannato; di tal che, se la parte lesa istituisca in appresso, sul fondamento dei fatti che abbiano formato l' oggetto della perseguitazione penale, un'azione di danni ed interessi, di nullità di convenzione, di rivocazione di donazione per causa d'ingratitudine, di separazione personale, di decadenza della patria potestà, ecc., ella trovasi dispensata dal provare questi fatti, e 'l giudice è obbligato di ritenerli per costanti (2).

Dalla stessa proposizione risulta, in senso inverso, che ogni sentenza criminale la quale dichiari non esistente il reato, o la quale contenga dichiarazione d'innocenza dell'accusato o del *prevenuto*, ha, anche in giudizio civile, l'autorità della cosa giudicata, in questo senso, che il giudice civile, adito per una dimanda di danni ed interessi, o per altra dimanda, non potrebbe, senza violare siffatta autorità, dichiarare, nè che il reato sia stato realmente commesso (3), nè che l'individuo

» è *affatto* inconciliabile con quella » penale ».

(1) Questo principio, il quale va giustificato in teoria, mercè le considerazioni sviluppate nella nota precedente, è implicitamente consacrato dall'art. 449 del Codice di proc. penale, le cui disposizioni lo presuppongono, e non ne sono che applicazioni. Noi non menzioniamo qui l'art. 5 del Codice di proc. penale; perciocchè l'argomento che si ha il costume di trarne per provare l'influenza del criminale sul civile ci sembra forzato.

(2) Brusselles, 26 ottobre 1816, 27 febbraio 1818 e 13 maggio 1820, *Pasicrisia belga*, sotto queste date, e Sir., XXI, 2, 173. Civ. cass., 5 maggio 1818, Sir., XIX, 1, 162. Conf. in questo senso: Merlin, nei luoghi citati nella nota *supra*, Duranton, XIII, 494, 495 e 497; Mangin, *dell' Azione pubblica*, II, 423 e seg.; Dalloz, IV, 239 e seg. Vedi in senso contrario: Toullier, XIII, 420 e seg.

(3) Civ. rig., 17 marzo 1813. Sir., XIII, 1, 262. L'art. 309 del Codice di procedura civile consacra questa conseguenza pel caso in cui, sopra una perseguitazione criminale di falso principale o incidente, il documento arguito di falso fosse stato dichiarato vero; perciocchè risulta implicitamente da quest' articolo, che in somigliante caso l'inscrizione in falso non è ammessibile nel giudizio civile. Del resto, quest' articolo, il quale suppone che il documento arguito di falso sia stato esplicitamente dichiarato valido, sarebbe inadattabile alla ipotesi in cui l' individuo accusato di un reato di falso ne fosse stato discaricato, senza che la verità

dichiarato innocente se ne sia renduto colpevole, ovvero, il che tornerebbe allo stesso, che egli abbia commesso il fatto materiale che gli veniva imputato coi caratteri di criminalità i quali l'accusa o la prevenzione vi aveva annessi (1).

La seconda proposizione qui sopra enunciata mena tra le altre, alle seguenti conseguenze:

La decisione o la sentenza, la quale abbia discaricato un individuo da un' accusa di omicidio o anche da una prevenzione di omicidio involontario, non forma ostacolo all'ammissione di una domanda di danni ed interessi istituita contro di lui, per ragione dei fatti che avevano servito di base alla perseguitazione criminale, ma che non sieno più riguardati se non come costituenti un semplice delitto di diritto civile o un quasi-delitto, nel senso degli artic. 1336 e seguenti (2).

Similmente, la dichiarazione di non colpabilità, pronunziata dal

del documento fosse stata formalmente riconosciuta.

(1) Il giudice civile che pronunziasse una somigliante sentenza nell'irrebbesi in opposizione formale e diretta con la decisione della giustizia criminale, e commetterebbe non solamente una violazione della cosa giudicata da quest'ultima, ma ancora un eccesso di potere, in quantochè non si appartiene a lui lo statuire sulla esistenza di un reato. Questo è ciò che avrebbe luogo, per esempio, nel caso in cui, dopo la dichiarazione d'innocenza di un individuo accusato di aver commesso un omicidio volontario, o di aver volontariamente dati ad una persona dei colpi che abbiano occasionata la sua morte, la Corte di assise, adita per la dimanda di danni ed interessi della parte lesa, dichiarasse, onde accogliere questa domanda, che il convenuto per fini civili abbia *volontariamente e fuori del caso di legittima difesa*, dati dei colpi che abbiano occasionata la morte di questa persona Crim. cass., 24 luglio 1841, Sir., XLI, 1, 791.

(2) Merlin, *Quist.* v. Riparazione civile, § II, n. 3. Duranton, XIII, 486 e seg. Lagraverend. *Legislazione criminale*, I, 61. Mangin, *dell' Azione pubblica*, II, 523 e seg. Rauter, *Trattato del diritto criminale*, II, n. 666. Orléans, 23 giugno 1843, Sir., XLIII, 2, 337. (Gand, 11 giugno 1833, *Giur. di B.* 1833, Brusselles, 7 dicembre 1836, *Giur. di B.*, 1837). Questa soluzione può a primo aspetto sembrar difficile a giustificarsi, per quanto concerne la ipotesi di una prevenzione di omicidio involontario. Di fatti, allorchè un individuo sia stato discaricato della prevenzione di avere per imprudenza, disattenzione, negligenza o inosservanza dei regolamenti, involontariamente occasionata la morte di una persona, può dirsi che la decisione renduta in suo favore dalla giustizia repressiva, avendolo purgato da ogni rimprovero di negligenza o d'imprudenza, elimini l'applicazione dell'art. 1337, e, a maggior ragione, quella dell'art. 1336. Ma questa obiezione è senza vigore. Ed in vero, non deesi perdere di vista che una colpa, una negligenza o una imprudenza, può essere abbastanza grave per impegnare la responsabilità civile, senza essere tale da dar motivo all'applicazione d'una pena, e che i tribunali di repressione sono incaricati di esaminare un fatto sotto quest'ultimo rapporto, la loro missione non è quella di valutarlo sotto il primo punto di veduta.

giurì in favore di un individuo accusato d'aver incendiata la propria casa che trovavasi assicurata, non è di ostacolo che, sulla dimanda di pagamento di un'indennità, istituita in appresso contro la compagnia di assicurazione, questa compagnia sia ammessa a provare ch' egli abbia, per sua colpa, provocato o occasionato l'incendio della sua casa, e che perciò sia decaduto da ogni dritto alla indennità che dimandi (1).

Similmente ancora, la decisione o la sentenza, che abbia discaricato un individuo accusato d'estorsione di titoli, ovvero prevenuto di scrocco o di abuso di confidenza, non impedisce che i fatti, i quali avevano dato motivo alla perseguitazione, possano in giudizio civile essere articolati e provati contro quest'individuo in sostegno d' una dimanda di nullità di convenzione per causa di violenza o di dolo (2).

In fine, la dichiarazione di non colpabilità di un individuo accusato di falso non forma alcun ostacolo all'ammessione di una iscrizione di falso civile contro il titolo precedentemente attaccato in linea criminale, nè, a maggior ragione, ad una dimanda di nullità, per causa di dolo o di frode, delle convenzioni o delle disposizioni comprovate da questo titolo (3).

Le azioni di nullità, di risoluzione, o di rivocazione di convenzioni o di disposizioni, o le dimande di separazione personale, fondate sopra fatti che avevano formato l'oggetto di una perseguitazione criminale, sono ammessibili malgrado la dichiarazione della innocenza dell'accusato o del prevenuto, non solo allorchè l'attore non si fosse costituito parte civile, ma eziandio nel caso in cui, essendo egli intervenuto nel giudizio criminale, la sua dimanda diretta a fini civili fosse stata rigettata (4).

Per contrario, una dimanda di

(1) Orléans, 4 dicembre 1841, Sir., XLII, 2, 467.

(2) Alcuni fatti, i quali non presentino i caratteri dell'estorsione di titoli, dello scrocco e dell'abuso di confidenza, secondochè sono definiti dagli art. 407 e 480 del Codice penale possono, malgrado ciò, costituire la violenza o il dolo, nel senso degli artic. 1065 e 1070 del Codice civile. Duranton, X, 146, e XIII, 489. Ric. rig., 3 luglio 1844, Sir., XLIV, 1, 733. Limoges, 14 agosto 1844, Sir., XLV, 2, 496. Confr. Civ. cass., 2 giugno 1840, Sir., XL, 1, 638.

(3) Ric. rig., 21 messidoro anno IX, Sir., I, 1, 463. Tolosa, 12 aprile 1812, Sir., XVI, 1, 14. Ric. rig., 19 marzo 1817, Sir., XVII, 1, 169. Ric. rig., 8 maggio 1832, Sir., XXXII, 1, 845. Bastia, 15 maggio 1833, Sir., XXXIII, 2, 373. Ric. rig., 27 marzo 1839, Sir., XXXIX, 1, 767. Ric. rig., 10 febbraio 1840, Sir., XL, 1, 984. Civ. cass., 27 maggio 1840, Sir., XL, 1, 633. Liegi, 2 gennaio 1838, *Giur. di B.*, 1838.

(4) Il giudice criminale non può essere legalmente adito che per l'azione civile propriamente detta, vale a dire, per l'azione di riparazione del danno cagionato dal reato che forma l'oggetto della perseguitazione. Non si può dibattere dinanzi a lui nè una quistione di separazione personale, nè quistioni di nullità,

danni ed interessi propriamente detta non può essere riprodotta dinanzi ad un giudice civile, quando sia stata rigettata come mal fondata dal giudice criminale, che n'era stato impossessato conformemente all' artic. 3 del Codice d'istruzione criminale (1). Che se la domanda suddetta non fosse stata giudicata e rigettata sul merito, ma solamente respinta da un fine di non ricevere, l'attore sarebbe ancora ammesso a sottometterla ai tribunali civili (2).

Del resto le soluzioni che possano aver ricevuto, in un giudizio criminale, delle quistioni civili, accessorie o incidenti della azione pubblica, non riguardano che quest' azione, e rimangono assolutamente prive d' influenza sui diritti e sugl' interessi civili delle parti. Per tal modo, una condanna per parricidio non istabilisce la filiazione del condannato, quanto agl' interessi civili che possano rannodarvisi: ed una condanna per bigamia non istabilisce nè la validità del primo matrimonio, nè la nullità del secondo (3).

3. Degli effetti della cosa giudicata.

La cosa giudicata rende legalmente certa l'esistenza o l'inesistenza del rapporto giuridico che abbia formato l'oggetto della contestazione: *Res iudicata pro veritate habetur* (4). Nessuna pruova è ammessibile contro la pre-

di risoluzione ovvero di rivocazione di convenzione o di disposizioni; e quando egli rigetti una dimanda diretta a fini civili, siffatte quistioni rimangono intere. Ric. rig., 19 marzo 1817, Sir., XVII, 1, 199. Rouen, 10 marzo 1836, Sir., XXXVI, 2, 163. Ric. rig., 3 luglio 1844, Sir., XLIV, 1, 733. *Quid*, se l' attore per fini civili, intervenendo in una perseguitazione per estorsione di titoli o per iscrocco, avesse di fatto conchiuso per l' annullamento di una convenzione, e questa domanda fosse stata rigettata siccome mal fondata? Conf. Ric. rig., 17 marzo 1813, Sir., XIII, 1, 262.

(1) In somigliante caso l'art. 1505 è, sotto ogni riguardo, adattabile. Siffatta proposizione non concerne le ordinanze della camera del consiglio, o della camera di accusa, le quali dichiarino non esservi luogo a procedimento, sia perchè il fatto formante l'oggetto della perseguitazione non esista, sia perchè l'incolpato non ne sia l'autore. Somiglianti ordinanze non formano ostacolo, che la parte lesa istituisca la sua azione dinanzi ai tribunali civili; ancorchè ella si fosse costituita parte civile nell'istruzione criminale. Merlin, *Quist.*, v. Riparazione civile, § 3, Mangin, II, n. 438 e seg. Ric. rig. 10 aprile 1822, Sir., XXIV, 1, 221. Parigi, 4 luglio 1823, Sir., XXIV, 2, 56. Ric. rig., 24 novembre 1824, Sir., XXV, 1, 174. Vedi nondimeno: Codice di proc. civ. art. 309.

(2) Questo è ciò che avrebbe luogo, per esempio, nel caso in cui un tribunale correzionale, impossessato di una domanda diretta a fini civili, l'avesse dichiarata non ammessibile pel motivo che il fatto rimproverato al prevenuto non costituisse nè un delitto nè una contravvenzione di polizia. Vedi Codice di proc. penale art. 377. Confr. civ. cass., 23 nov. 1835, Sir., XXXVII, 1, 647; Ric. rig. 3 luglio 1844, Sir., XLIV, 1, 733.

(3) Rauter, *Trattato del diritto criminale*, II, 666.

(4) L. 207, D. *de R. J.* (50, 17).

sunzione di verità e di giustizia che vi è annessa. Nondimeno, questa presunzione svanisce, allorchè per effetto di un gravame straordinario, la sentenza d'onde risultava la cosa giudicata venga ad essere ritrattata, annullata o cassata.

L'autorità di una sentenza che riconosca a vantaggio d'una delle parti, l'esistenza del rapporto giuridico sul quale versava la contestazione, si estende virtualmente a tutto ciò che sia una conseguenza immediata e necessaria di tale rapporto (1). Per tal guisa, una sentenza, la quale dichiari una delle parti proprietaria di una cosa litigiosa, le attribuisce virtualmente la proprietà delle accessioni e dei frutti di questa cosa. Per tal guisa ancora, una sentenza la quale, pronunziando sopra una quistione di stato, benchè in un modo incidente soltanto, riconosca a una delle parti lo stato o la qualità che le era denegata, le conferisce per questo stesso il dritto di reclamare, rimpetto a coloro a cui la sentenza possa essere opposta, tutti i vantaggi che la legge attacca ad una tale qualità (2).

Le sentenze, le quali dichiari-

La L. 6, D. *de Except. rei iud.* (44, 2) riassume nettamente i motivi di interesse pubblico sui quali è fondata l'autorità della cosa giudicata.

(1) La sentenza contenente condanna al pagamento di nullità d'una rendita costituisce cosa giudicata sulle annualità posteriori e sull'essere dovuto il capitale. Liegi, 24 aprile 1833, *Pasicrisia belya*, sotto questa data.

(2) Le sentenze, le quali statuiscano sopra quistioni di stato, hanno, sotto questo rapporto, maggiore estensione di quelle che pronunziino sulla esistenza di qualità puramente accidentali, come sarebbe, per esempio, la qualità di commerciante. Una sentenza, la quale attribuisca o neghi una somigliante qualità ad una delle parti, anche nel suo dispositivo, ed in conseguenza di conclusioni formalmente fatte in ordine a ciò, non ha autorità, se non relativamente alla contestazione sulla quale essa sentenza sia intervenuta, e non impedisce che la stessa quistione possa, in occasione di un'altra contestazione, essere elevata di bel nuovo tra le stesse parti, e ricevere una soluzione differente. La ragione di questa differenza è facile a comprendersi. Lo stato civile, con le sue diverse modificazioni, costituisce di sua natura, ed in sè medesimo, un diritto comparabile al diritto di proprietà. Questo diritto è suscettivo di essere reclamato o impugnato per via di azione principale, indipendentemente da ogni altro richiamo; ed anche quando una quistione di stato non sia elevata, se non che in un modo incidente, essa non forma meno un litigio principale ed indipendente, in questo senso, che essa dev'essere risoluta per sè medesima, e non già solamente per la decisione della contestazione che abbia dato luogo al giudizio. Il perchè, si comprende che la sentenza, la quale attribuisca un dato stato ad una delle parti, le conferisce virtualmente il dritto di reclamare tutti i vantaggi che discendano direttamente ed immediatamente da questo stato. Avviene di una somigliante sentenza come di una pronunziazione, la quale, dichiarando una delle parti proprietaria della cosa litigiosa, le attribuisce per questa medesima ragione il diritto di far valere contro l'altra parte tutte le conse-

no l'esistenza di un credito o di un' obbligazione, operano novazione, in questo senso, che per l'avvenire la cosa giudicata tiene il luogo di causa dell'obbligazione. Siffatta novazione ha ciò di particolare, che essa non produce l' effetto di un pagamento, e che, lungi dall'estinguere l'antica obbligazione cogli accessorii che vi erano annessi, essa per contrario la conferma e la corrobora (1).

Una sentenza che, in mancanza di pruova sufficiente, o per errore, dichiari inesistente un' obbligazione, la quale in realtà esista, toglie per verità a siffatta obbligazione la sua efficacia civile, ma la lascia sussistere come obbligazione naturale (2).

Ogni sentenza, la quale pronunzii una condanna, ingenera un'azione speciale avente per oggetto l'esecuzione della condanna. Quest'azione, chiamata *actio iudicati*, si prescrive solamente con trent'anni a contare dalla sentenza, ancorchè si tratti di una condanna pronunziata in virtù di un credito sottoposto ad una prescrizione più breve (3).

Dalla regola: *Res iudicata pro veritate habetur*, risulta che ogni nuova dimanda o eccezione, la quale tendesse a porre di bel nuovo in quistione, tra le parti, l'esistenza del rapporto giuridico che abbia formato l'oggetto d'una precedente contestazione, può essere respinta mediante un' eccezione o una replica desunta dalla cosa giudicata.

L' eccezione della cosa giudi-

guenze legali del diritto di proprietà riconosciuto in suo vantaggio, senza che quest'ultima possa di nuovo mettere in quistione l'esistenza di tale diritto. Per contrario, le qualità puramente accidentali non costituiscono di per sè medesime dei diritti, e non producono conseguenze giuridiche se non quando si combinino ovvero coincidano con altri fatti o elementi. Adunque non può mai trattarsi di un'azione di richiamo o di impugnazione di una simile qualità. Non altrimenti che alla occasione, ed unicamente per la soluzione di una contestazione principale, il giudice può essere chiamato a pronunziare sull'esistenza di una qualità di questa specie; e, secondo ciò, è cosa ben evidente che la sua decisione su questo punto non ha valore se non per la contestazione ad occasione della quale essa sia intervenuta. Ancor quando essa si trovasse espressa nel dispositivo della sentenza (il che non è nè necessario nè regolare), essa costituirebbe sempre di sua natura, non altro che un motivo o una semplice ragione, e non già un vero capo di dispositivo.

(1) L. 4, § 7, D. *de Re iud.* (42, 1). LL. 8 e 29, § 3, D. *de Nov.* (56,2). L. 29, § 5, D. *Mand.* (17,1). L. 13. § 4. D. *de pign.* (20,1), L. 2. §§ 7 ed 8 D. *de Aaered. vel act. vend.*, (118,4). Proudhon *dell Usufrutto*, III, 1290.

(2) LL. 28 e 60, *pr.*, D. *de Cond. iud.* (12,6). L. 8. § 1. D. *Rat. rem. hab.* (46, 8).

(3) Art. 2168. Codice di commercio art. 193, ed arg. da quest'articolo. La natura di una condanna giudiziaria, e dell'azione che ne discende, è la stessa, quali che sieno i caratteri e la causa dell'obbligazione in virtù della quale la condanna sia stata pronunziata: *Non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati velut obligationem*. L. 3, § 11, D. *de Peculio* (15,1).

cata compete tanto alla parte che sia stata succumbente, quanto a quella che abbia guadagnata la causa, in questo senso, che quest'ultima, non può più che la prima negare l'esistenza di tale rapporto giuridico, se sia stato riconosciuto costante, nè allegarne l'esistenza, se sia stato dichiarato inesistente (1). Siffatta eccezione può essere proposta tanto in prima istanza quanto in grado di appello (2), ma il giudice non è nè obbligato, neppure autorizza-

(1) Quegli che abbia vinta la causa, ma che non aveva domandato tutto ciò che era nel diritto di domandare, può forse istituire una nuova dimanda per reclamare il dippiù? Siffatta quistione dev'essere risoluta mercè una distinzione. Se si tratti di reclamare, sia una parte della cosa o del credito in capitale, di cui non erasi dapprima domandata la totalità, sia interessi convenzionali o frutti da restituirsi al proprietario in questa qualità; la nuova azione sarà ammessibile, senza che il convenuto possa respingerla mediante un'eccezione tratta dalla prima sentenza. È allora il caso di dire con la legge 16, D. *de Except. rei iud.* 44; 2: *Iniquissimum est. proficere rei iudicatae exceptionem ei contra quem iudicatum est.* Vedi: L. 5, *pr.* D. *de Act. empt. vend.* 19, 1; L. 131. § 1. D. *de V. O.* 45, 1; L. 27. D. *de Solut.* 46, 3. Se si tratti per contrario di prestazioni le quali sieno dovute *ex officio iudicis*, come per esempio, le spese, la nuova domanda intesa ad ottenerne l'aggiudicazione potrà essere respinta mediante l'eccezione della cosa giudicata. Il diritto romano applicava la stessa decisione agl'interessi moratorii. Confr. L. 13, C. *de Usuris* 4, 32; e L. 3. C. *de Fruct. et lit. exp.* 7, 31. E questa decisione ci sembra dover essere seguita presso di noi, malgrado la disposizione del terzo comma dell'art. 1107. Se giusta questa disposizione, gl'interessi moratorii non sono dovuti che dal giorno della domanda, eccetto se la legge li faccia decorrere di pieno dritto, ciò non toglie che essi vengano aggiudicati *ex officio iudicis*, e come accessorii della condanna principale, non avendo altro oggetto la domanda, in somigliante caso, che quello di fissare l'epoca a partire dalla quale gl'interessi di che si tratta comincino a decorrere.

(Allorchè la corte abbia aggiudicata una somma capitale, senza alcuna menzione degli interessi giudiziarii, la cui domanda non era riprodotta nelle conclusioni precedenti alla decisione, ella non può più accordare interessi giudiziarii, se la decisione che aggiudichi il capitale sia diffinitiva e pronunzii sopra tutte le conclusioni delle parti. Liegi, 7 dicembre 1826, *Pasicrisia belga*, sotto questa data.

—Allorchè una domanda contenga più oggetti distinti, ed il giudice chiamato a conoscerne, disponga solamente sopra uno di questi oggetti, senza entrare nel merito degli altri, egli non ha esaurita la sua giurisdizione sul tutto, ma può tuttavia conoscere degli altri oggetti facienti altresì parte della domanda. Brusselles, 4 aprile 1841, *Giur. di B.*, 1831, 1, 131).

(2) L'abbandono dell'eccezione della cosa giudicata, alla quale abbia acquistato diritto una parte, non ha nulla di contrario all'ordine pubblico.—Non è altri ammessibile a proporre siccome mezzo di cassazione, la violazione della cosa giudicata che egli non abbia invocato nè in prima istanza nè in grado di appello. Brusselles, cass., 3 dic. 1833, *Bull. della cass*, 1834, 82; Ric., 7 giugno 1830 e 19 agosto 1835.

lo, a supplirla di ufficio (1), e per conseguenza essa non è suscettiva di essere proposta per la prima volta innanzi alla Corte di cassazione, sia dalla parte ricorrente, in sostegno di un ricorso fondato sopra una pretesa violazione della cosa giudicata (2), sia dalla parte resistente, come mezzo da giustificare la sentenza o la decisione impugnata, la quale le abbia accordata vittoria per altri motivi (3).

Quando l'eccezione della cosa giudicata, proposta da una delle parti, sia stata rigettata a torto, vi ha violazione dell'artic. 1304, e per conseguenza adito a cassazione (4).

Da un altro canto, il solo fatto della contrarietà di due pronunziazioni di ultima istanza, rendute successivamente dalle stesse Corti o tribunali, tra le stesse parti e sugli stessi articoli di ragione, dà adito al ricorso per ritrattazione, benchè l'eccezione della cosa giudicata, risultante dalla prima pronunziazione, non sia stata proposta nel corso del secondo giudizio (5).

—L'eccezione della cosa giudicata è una eccezione perentoria, alla quale non può facilmente presumersi che altri abbia rinunziato; dimodochè la rinunzia a questa eccezione dev'essere espressa, o risultare almeno da un concorso di circostanze, le quali non permettano di interpetrare altrimenti il silenzio o la condotta di colui che potrebbe opporla. Così, la semplice omissione di aver proposto questo mezzo in prima istanza non può bastare per rendere altrui inammessibile a farlo valere in grado di appello. Brusselles, 27 aprile 1831, *Giur. di B.*, 1831, 2, 23

(1) Merlin, *Rep.*, *v.* Cosa giudicata, § 20. Toullier, X, 74 e 75. Confr. nondimeno: Ric. rig., 7 luglio 1829, Sir., XXIX, 1, 331. Voet, L. XLII, tit. I, n. 47. Vedi in senso contrario: La Haye, 16 luglio 1824, *Pasicrisia belga*, sotto questa data.

(2) Merlin, *op. e luogo cit.* Ric. rig., 26 dicembre 1808, *Pasicrisia belga*, sotto questa data. Ric. rig., 3 maggio 1837, Sir. XXXVII, 1, 718. Ric. rig., 25 maggio 1840, Sir., XL, 1, 631. Ric. rig., 17 novembre 1840, Sir. XLII, 1, 213. Ric. rig., 5 dicembre 1842, Sir., XLIII, 27 (Brusselles, cass., 2 dicembre 1843, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(3) Civ. cass., 19 marzo 1844, Sir., XLIX, 1, 301.

(4) L'art. 504 del Codice di procedura civile 568 LL. di pr. civ. non è compilato in un modo esatto. Prendendolo alla lettera, e combinandolo coll'art. 644, n. 6 dello stesso Codice, ne risulterebbe, da un canto, che la contrarietà di sentenze emanate da differenti tribunali dia adito a cassazione, anche quando l'eccezione della cosa giudicata, risultante da una prima sentenza, non sia stata proposta nel secondo giudizio. Or tai conseguenze sarebbero false l'una e l'altra. Merlin, *Rep.*, v. Cosa giudicata, § 2 *bis*. Carrè *dell'Organizzazione giudiziaria*. Civ. cass., 14 agosto 1811, Sir., XII, 1, 360. Civ. cass., 8 aprile 1812, Sir., XII, 1, 360. Civ. cass., 21 aprile 1813, Sir.; XV, 1, 135. Civ. cass, 18 dicembre 1815, Sir., XVI, 1, 205. La decisione, la quale abbia violata la cosa giudicata, deve essere cassata, anche quando la decisione anteriore d'onde questa cosa giudicata risultava sia stata dappoi ritrattata, cassata o annullata. Civ. cass., 17 novembre 1835, Sir., XXXVI, 1, 133.

(5) Codice di procedura civile, art.

IV. DE' DIVERSI MODI ONDE LE AZIONI SI ESTINGUONO O DIVENGONO INEFFICACI, E SPECIALMENTE DELLA PRESCRIZIONE.

791 Dei diversi modi onde le azioni si estinguono o divengono inefficaci e specialmente della prescrizione. a. Generalità. 792 b. Della prescrizione. Nozioni della prescrizione. 793 Delle azioni che sono o no suscettive di essere prescritte. 794 Del tempo richiesto per la prescrizione e della prescrizione ordinaria. 795 Continuazione. Delle prescrizioni straordinarie. 796 Degli effetti giuridici della prescrizione. 797 Della rinunzia alla prescrizione.

791. Dei diversi modi onde le azioni si estinguono o divengono inefficaci, e specialmente della prescrizione. — a. Generalità.

L' azione si estingue allorchè, per una causa qualunque, il diritto, da cui essa discenda, cessi d'esistere (1).

Un'azione diviene inefficace mediante l'eccezione di prescrizione, o mediante quella di decadenza, cui ad essa opponga la persona contro della quale sia diretta.

792. b. Della prescrizione. — Nozione della prescrizione.

La prescrizione è un'eccezione mediante la quale si può respingere un' azione, per la sola ragione che quegli, il quale istituisce quest'azione, abbia, durante un determinato spazio di tempo, trascurato d' intentarla, o di esercitare col fatto il dritto d'onde essa derivi.

La prescrizione si applica, di sua natura, solamente alle azioni e non già alle eccezioni. Queste ultime sono, in generale, imprescrittibili, in questo senso, che esse durano quanto le azioni cui abbiano l' oggetto di respingere, e si possono sempre proporre utilmente, in qualunque epoca tali azioni vengano introdotte. *Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Tanto dura l' azione, e tanto dura l'eccezione (2).

Questa regola, applicata alle

544, n. 6 Confr. Ric. rig., 12 aprile 1817, XVII, 1, 262. Parigi, 28 luglio 1826, Sir., XXVII, 2, 140. Ric. rig., 17 gennaio 1838, Sir., XXXVIII, 1, 175.

(1) Noi non dobbiamo parlare dell'estinzione della domanda per effetto della perenzione o della rinunzia alla lite. La spiegazione di queste materie s'appartiene alla procedura. Confr. Codice di procedura, art. 490 a 496.

(2) Questa regola è fondata sulla natura medesima delle cose; perciocchè la difesa suppone sempre l'attacco. Di fatti, tal regola è ammessa *in* tesi generale; e la controversia siaggira solamente sul punto di sapersi, se essa sia o no adattabile alle eccezioni di nullità *o* di rescissione. La difficoltà proviene principalmente dalla circostanza che l'art. 134 dell'*ordinanza* del 1539 aveva ristretto a dieci anni il tempo pendente il quale potevansi far valere, *tanto domandando quanto eccependo*, le cause di rescissione, ed altresì alcune cause di nullità. Ma, appunto perchè

azioni di nullità o di rescissione, mena a riconoscere che tali eccezioni possono essere proposte anche dopo il termine indicato nell'art. 1258, per respingere l'azione che sia diretta alla esecuzione di una convenzione infetta di una causa di nullità o di rescissione (1). Per tal guisa soprattutto, il minore divenuto maggiore può anche dopo i dieci anni dalla sua maggiore età, far pronunziare, per via di eccezione, la nullità o per la rescissione delle convenzioni che egli abbia fatte nella sua minore età, e di cui si chiegga l'esecuzione contro di lui (2).

Ma la regola dianzi stabilita non può giammai essere invocata da lui che, avendo istituita un'azione qualunque, provocasse, per via di replica, la nullità o la rescissione di una convenzione che gli fosse opposta, come formante un fine di non ricevere contro la sua azione (3). Per tal modo, quegli il quale dimandi la re-

l'art. 1258 non parla che delle azioni di nullità o di rescissione, devesi ammettere che i compilatori del Codice civ. abbiano rigettate le disposizioni di questa ordinanza per quanto concerne le eccezioni della stessa natura. Vedi le autorità citate nelle due seguenti note.

(1) Delvincourt, II, 596; Merlin, *Rep.*, v. Prese, sez. II, § 25. Toullier, VII, 600 e seg. Troplong, *della Prescrizione*, II, 827 e seg. Vedi in senso contrario: Duranton, XII, 549.

(2) Parigi, 21 aprile 1836, Sir., XXXVII, 2, 17. Rouen, 9 gennaio 1838, Sir., XXXVIII, 2, 110. Vedi altresì, quanto all'eccezione di nullità proposta contro un atto simulato: Ric. rig., 24 gennaio 1833, Sir., XXXIII, 1, 269.

(3) La sorte del richiamo essendo, in somigliante caso, subordinata alla nullità o alla rescissione, ne risulta che il mezzo di nullità o di rescissione, benchè proposto solamente per via di replica, non forma meno l'oggetto principale della domanda: la circostanza che l'attore, in luogo di conchiudere previamente per l'annullamento o per la rescissione della convenzione, abbia stimato conveniente di fare astrazione da quest'ultima, non cangia nulla allo stato reale delle cose, e non toglie che egli sia veramente attore nella nullità o nella rescissione. *Quid*, se il fine di non ricevere era fondato, non già sopra una convenzione, ma sopra un pagamento suscettivo di essere impugnato come fatto ad un incapace, per esempio, ad un minore? La corte di cassazione Ric. rig., 27 giugno 1832, Sir., XXXVIII, 1, 46 ha deciso, che il minore divenuto maggiore, il quale più di dieci anni dopo la sua maggiore età istituisca una domanda di pagamento di un credito, non sia più ammesso a proporre, per via di replica, la nullità del pagamento che a lui sia stato fatto nell'età minore. Ma tale soluzione ci sembra molto contrastabile. Di fatti, l'art. 1258 non si occupa, che delle dimande di nullità di convenzione, e la disposizione di quest'articolo essendo di una natura eccezionale, non può essere estesa alle contestazioni sulla validità di un pagamento. Da un altro canto, si comprende bene, da parte di un debitore il quale abbia fatto un pagamento non valido, una azione principale, avente per oggetto il far dichiarare la nullità di questo pagamento, e l'ottenere in conseguenza la restituzione di ciò che egli abbia indebitamente pagato; ma non si comprenderebbe punto una somigliante azione da parte del

stituzione di una cosa rilasciata in virtù di una convenzione annullabile o rescindibile, non è più ammesso, dopo il termine fissato dall'articolo 1258, a proporre la nullità o la rescissione di tale convenzione, quantunque l'esecuzione di quest'ultima non ne abbia coverti i vizii (1). Per tal guisa ancora, l'erede il quale, dopo di aver alienati nella sua minore età dei dritti successorii aperti a suo vantaggio, intenti una azione di ripetizione di eredità o di divisione, più di dieci anni dopo della sua maggiore età, non è più ammessibile a dimandare l'annullamento o la rescissione della cessione a cui egli abbia consentito (2).

Le differenze che intercedono tra la prescrizione e l'usucapione essendo state di già spiegate, si rende inutile l'occuparcene di nuovo. Ci limiteremo del pari a rinviarvi per la spiegazione delle regole comuni all'usucapione ed alla prescrizione.

Del rimanente, non deesi confondere la prescrizione propriamente detta colle decadenze risultanti dallo spirare dei termini accordati da una convenzione, dalla legge o dal giudice, per l'esercizio di una facoltà. Nei paragrafi seguenti tratteremo soltanto della prescrizione propriamente detta (3).

793. Delle azioni che sono o no suscettive di essere prescritte.

Tutte le azioni sono, in generale, suscettive di estinguersi mediante la prescrizione. Art. 2168, ed arg. da questo articolo

Questa regola si applica ancora alle azioni aventi per oggetto l'esercizio di dritti facoltativi stabiliti per convenzione, come, per esempio, quello di edificare sopra un suolo di cui non sia proprietario (4). Quanto alle facoltà concedute dalla legge, e delle quali l'uso non sia ristretto ad un tempo determinato, esse sono, di loro natura, imprescrittibili, e non possono estinguersi col non uso,

creditore, il quale abbia ricevuto un pagamento non valido; perciocchè egli non ha alcuno interesse a porre in contestazione la validità di questo pagamento, se non in quanto il debitore glielo opponga, onde respingere i procedimenti diretti contra di lui.

(1) Bordeaux, 1. luglio 1830, Sir., XXXI, 2, 75. Ric. rig., 5 aprile 1837, Sir., XXXVII, 1, 435.

(2) Pau, 4 febbraio 1830, Sir., XXX, 1, 203.

(3) Vedi, quanto alle decadenze: § 168, nota 2. Agli articoli citati in tale nota come stabilenti semplici decadenze, si possono ancora aggiugnere i seguenti: 882, 1002, 1468, 1522, 1736, 1971, n. 1 e 4.

(4) Troplong, I, 124 e 126. Vazeille, I, 109. Limoges, 22 marzo 1811, Sir., XI, 2, 253. Confr. nondimeno: Brusselles, 30 novembre 1809, Sir., X, 2, 232. Altrimenti sarebbe nel caso in cui una persona, vendendo un terreno per istabilirvi un dritto di passaggio, si avesse riserbata la facoltà di edificare sopra questo terreno. In somigliante caso, sarebbevi riserva implicita della proprietà del di sopra, e la facoltà di edificarvi dovrebb'essere considerata, non come una facoltà convenzionale, ma come una facoltà legale derivante dal diritto di proprietà. Rouen, 14 giugno 1843, Sir., XLIII, 2, 391.

se non in quanto siavi stata contraddizione formale al loro esercizio (1).

La regola stabilita nel cominciamento di questo paragrafo è sottoposta alle seguenti eccezioni:

1. Le azioni che nascono dal diritto di proprietà, vale a dire, l'azione di rivendicazione e l'azione negatoria di servitù, sono imprescrittibili, in questo senso, che esse non sono suscettive di estinguersi direttamente, per la sola ragione che non fossero state intentate tra un termine prefinito, o che il proprietario avesse ancora, durante un tempo più o meno lungo, cessato di esercitare il suo diritto di proprietà. Esse non possono estinguersi, salvochè indirettamente, mercè il risultamento della usucapione, vale a dire, mediante un possesso contrario che in sè riunisca tutti i caratteri richiesti per lo acquisto di un diritto di proprietà o di servitù (2).

2. Le azioni di divisione e di confinazione sono imprescrittibili, insino a che duri l'indivisione o la confusione dei confini.

3. Le azioni di richiamo e di impugnazione di stato sono imprescrittibili. Art. 250.

4. Le azioni di garentia sono imprescrittibili, insino a che il diritto di coloro, ai quali esse possano eventualmente competere, non sia stato l'oggetto di alcuna turbativa giuridica. Articolo 2163, comma 2 (3). Ma divengono prescrittibili a contare da una tale turbativa, anche prima che l'evizione, la quale ne fosse stata l'effetto, sia stata giudiziariamente pronunziata (4).

5. Le azioni aventi per oggetto crediti condizionali o a termine, non sono prescrittibili che a contare dalla verificazione della condizione o della scadenza del termine. Art. 2163, comma 1 e 3.

Allorchè un debito sia pagabile in più rate, o si componga d'una serie di annualità, la prescrizione dell' azione relativa a queste diverse rate o annualità corre a contare dal momento in cui ciascuna di esse sia divenuta esigibile. Nondimeno, se le annualità

(1) Ric. rig., 18 aprile 1838, Sir., XXXVII, 1, 547. Ric. rig., 4 agosto 1842, Sir., XLII, 1, 308.

(2) Rouen, 14 giugno 1843, Sir., XLIII, 2, 319.

(3) Si considera ordinariamente l'art. 2163 come non istabilente che semplici sospensioni di prescrizione. Ma ciò non è esatto. La sospensione di prescrizione suppone, che l'azione, alla quale la prescrizione debba applicarsi, sia di già aperta; e non è così nelle differenti ipotesi di cui si occupa il citato articolo.

(4) L'azione di garentia potendo essere esercitata anche prima che l'evizione sia stata consumata, ed a contare dalla turbativa, essa diviene, per questa medesima ragione, prescrittibile a datare da questo fatto. Conf. art. 123 e seg. del Codice di procedura, 269 e seg. LL. di pr. civ. La parola *evizione*, nell'art. 2163, come negli art. 1471 e seg., comprende non solamente l'evizione consumata, ma ancora il timore di evizione risultante da una turbativa giuridica. Conf. art. 804 e 1486, Civ. rass., 12 dicembre 1837 Sir., XXXVIII, 1, 16. Vedi in senso contrario: Vazeille, *delle Prescrizioni*, I, 295. Duranton, XXI, 330.

di una rendita vitalizia o perpetua non fossero state pagate pel corso di trent' anni, la rendita stessa troverebbesi prescritta, e la sua estinzione formerebbe ostacolo alla dimanda delle annualità, le quali, considerate isolatamente, non fossero ancora colpite da prescrizione. Art. 2169.

Le disposizioni dell' art. 2163 si applicano solamente alla prescrizione estintiva, e non già alla usucapione (1). Quindi risulta, che un immobile, il cui rilascio si trovi subordinato ad una condizione o ad un termine, può essere acquistato per mezzo della usucapione di dieci a venti anni, o per mezzo di quella di trenta anni, da un terzo possessore, anche prima della verificazione della condizione o della scadenza del termine. Ne risulta altresì, che il terzo possessore di un immobile soggetto ad un peso reale qualunque può liberarnelo per mezzo dell'usucapione di dieci a venti anni, o di trent' anni, benchè lo acquisto o l' esercizio del diritto corrispondente a questo peso si trovi sottoposto ad una condizione non ancora verificata, ovvero ad un termine non ancora scaduto (2). Per tal guisa avviene

(1) L' articolo 2257 (2163), non parlando che di « crediti », e di « azione per causa di garentia », suppone l'esistenza di un ligame di obbligazione personale tra colui, in pro del quale e colui contro il quale la prescrizione debba correre. Esso è dunque, giusta il suo testo medesimo, estraneo alla usucapione. Indarno opporrebbesi la massima: *Contra agere non valentem, non currit praescriptio*, sulla quale sono basate le disposizioni dell'art. 2163, dicendosi che questa massima debba del pari proteggere tanto colui che abbia sopra un immobile un diritto reale, lo stabilimento o l' esercizio del quale sia subordinato ad una condizione o ad un termine, quanto il creditore di un' obbligazione condizionale o aggiornata, e che sostenere il contrario sia un contravvenire direttamente al motivo sul quale è fondata la disposizione del citato articolo. Di fatti, nulla impedisce alla persona, la quale abbia sopra un immobile un diritto reale sottoposto ad una condizione o ad un termine, lo agire per provvedimento conservatorio contro il terzo detentore, onde far riconoscere questo diritto, ed onde interrompere così, in un modo indiretto, l'usucapione che correva in pro di quest' ultimo. Confr. art. 2074. Se la legge ha creduto di dover dispensare il creditore condizionale o a termine dalla necessità d'interpellare il debitore prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine, egli è perchè una somigliante interpellazione sarebbe compiutamente priva di oggetto. Ed in vero, da un canto, il debitore non può ignorare nè l' esistenza della sua obbligazione, nè i modi sotto de' quali egli l' abbia contratta, ed i quali impediscano al creditore il domandarne immediatamente il pagamento. Da un altro canto, non potendo presumersi che il debitore si fosse liberato prima dell'avveramento della condizione e della scadenza del termine, egli non deve essere ammesso a far risalire il corso della prescrizione ad una epoca anteriore. Sotto questo doppio rapporto, la posizione del terzo detentore è affatto differente da quella del debitore. Vedi in senso contrario: Merlin, *Rep.*, v. Prescrizione, sez. I, § 7, art. 2, quist. 12.

(2) Vedi in particolare sull' estin-

soprattutto, che il terzo possessore di un bosco soggetto ad un dritto di tagliarvi legnami da costruzione, ne acquista la franchigia mercè dieci o venti anni, o mercè trent' anni di libero possesso, anche quando l' usuario pretendesse di non aver bisogno di legnami di costruzione durante questo intervallo di tempo (1).

794. Del tempo richiesto per la prescrizione e della prescrizione ordinaria.

Tutte le azioni suscettive di prescrizione si prescrivono, in generale, con trent'anni. Art. 2168.

Questa regola riceve eccezione, in questo senso, che alcune azioni trovansi sottoposte ad una prescrizione più breve di quella di trent'anni. Ma essa è assoluta nel senso, che non esiste veruna azione la cui prescrizione richiegga un decorrimento di tempo più lungo di trent'anni (2).

Del resto, le disposizioni che restringono la durata ordinaria della prescrizione, debbono, come costituenti delle eccezioni alla regola dianzi stabilita, essere strettamente limitate alle azioni che esse riguardano (3).

795. Continuazione. Delle prescrizioni straordinarie.

1. Le azioni seguenti si prescrivono con dieci anni:

1) Le azioni che competono al minore divenuto maggiore, o ai

zione, a pro di un terzo detentore, della ipoteca annessa ad un credito condizionale o a termine: Grenob., 10 marzo 1827, Sir., XXVII, 2, 41; Nimes, 17 dicembre 1834, Sir., XXXV, 2, 248.

(1) La proposizione, tale quale è enunciata nel testo, va giustificata dalle ragioni sviluppate *supra*. La soluzione, che noi abbiamo data, dovrebbe forse essere ugualmente ammessa nel caso in cui l'immobile gravato di un diritto di recidere legnami da costruzione si trovasse ancora nelle mani di colui che abbia costituito questo diritto? Non lo crediamo. In tal caso, tratterebbesi ben meno, pel costituente, di liberare l'immobile dal peso ch' ei gli abbia imposto, quanto di liberar sè personalmente dall'obbligazione di rilascio da lui contratta; e la prescrizione cui egli invocasse a quest'effetto non potrebbe, giusta l'art. 2163, cominciare a decorrere, se non dal giorno nel quale l'azione di rilascio sia stata aperta. Ninno, fino al presente, si è attenuto alla distinzione che noi abbiamo presentata, per risolvere la quistione, se il diritto di recidere legnami da costruzione si prescriva col non uso per trent'anni, nel caso ancora in cui l' usuario non avesse avuto bisogno di legnami di costruzione durante quest'intervallo di tempo. Siffatta quistione è stata elevata e risoluta in un modo assoluto. Vedi per l'affermativa: Rouen, 11 febbraio 1836, Sir., XXXVI, 2, 220; Civ. cass., 2 marzo 1836, Sir., XXXVI, 1, 242; Ric. rig., 11 luglio 1838, Sir., 38, 1, 747; Civ. cass., 6 febbraio 1839, Sir., XXXIX, 1, 208. Confr. altresì: Pardessus, *delle Servitù*, n. 306. Vedi per la negativa: Troplong, *della Prescrizione*, II, n. 839; Caen, 8 febbraio 1843, dopo rinvio dalla corte di cassazione, Sir., XLIII, 2, 242.

(2) Ric. rig., 9 novembre 1826, Sir., XXVII, 1, 29; Agen, 8 gennaio 1833, Sir., XXXIII, 2, 251. Pau, 15 marzo 1834, Sir., XXXIV, 2, 666.

(L'art. 2182 non si applica alle annualità di rendita, scadute prima del Codice. Liegi, 20 febbraio 1817, *Pasicrisia belga*, sotto questa data).

(3) Merlin, *Rep.*, v. Prescrizione, sez. II, § 8, n. 6.

suoi eredi. contro il tutore, per ragione dell'amministrazione della tutela: art. 398;

2) L'azione di rivendicazione di un immobile corporale, l'azione ipotecaria, le azioni confessorie di servitù o reali o personali, le azioni di risoluzione di convenzioni o di disposizioni aventi per oggetto il trasferimento della proprietà di un immobile (1), allorchè queste diverse azioni sieno dirette contro un terzo possessore con giusto titolo e di buona fede: art. 2171, 2074, n. 5, comma 3 e 4, ed arg. da questi articoli (2);

3) Le azioni di nullità o di rescissione delle convenzioni: art. 1258;

4) Le azioni civili intentate separatamente dall'azione penale di ristoro del danno cagionato da un reato. Codice di proc. penale art. 621.

Non menzioneremo qui le disposizioni degli art. 1165, 1638 e 2176, i quali non istabiliscono delle vere prescrizioni (3).

2. Le azioni qui appresso indicate si prescrivono con cinque anni (4);

1) L'azione di garentia della divisione, quando quest'azione sia fondata sulla insolvibilità del debitore di una rendita; art. 806.

2) Le azioni di restituzione di carte affidate a giudici o a patrocinatori: la prescrizione corre a datare dalla decisione dell'affare, all'occasione del quale la consegna delle carte abbia avuto luogo: art. 2182;

3) Le azioni aventi per oggetto il pagamento di annualità di rendite perpetue o vitalizie, di pensioni alimentarie, di pigioni di case o di fitti di fondi rustici, d'interessi dovuti in virtù di crediti riconosciuti (5), e generalmente di ogni somma pagabile ad anno o a termini periodici più brevi (6). Art. 2183.

La prescrizione di cui è qui

(1) Confr. art. 891.

(2) V. nondimeno: art. 2172. Il termine di dieci anni può, per applicazione di quest'articolo, prolungarsi fino a vent'anni, per le diverse azioni di cui è parola nel testo.

(3) L'art. 1165 consacra una presunzione di remissione della solidalità. Gli art. 1638 e 2176 stabiliscono un tempo di pruova, a capo del quale gli architetti o appaltatori sono discaricati da ogni responsabilità relativamente alle costruzioni e alle opere in grande cui eglino abbiano fatte o dirette.

* Alle azioni che si prescrivono con dieci anni, debbesi aggiugnere quella contra i conservatori delle ipoteche pel ristoro de' danni ed interessi. Legge del 22 giugno 1819, art. 80.

(4) Per non iscindere la spiegazione dell'art. 2179, non menzioneremo qui la prescrizione di cinque anni, alla quale trovasi sottoposta l'azione de' patrocinatori pel pagamento delle spese da essi fatte e de' loro salarii, quando trattisi di affari non ancora terminati. Vedi in ordine a ciò: testo n. 4 e note *infra*.

(5) Abbiamo creduto di dover sostituire le espressioni: ***interessi dovuti in virtù di crediti riconosciuti***, alle parole: «interessi di somme prestate», che leggonsi nell'art. 2183. Questa sostituzione troverà la sua giustificazione nelle spiegazioni che saranno date nelle note ***infra***.

** (6) Disposte delle somme con testamento per celebrazione di mes-

parola è stata stabilita per un fine di pubblica utilità; onde impedire un' accumulazione di annualità, d'interessi o di rendite, che diverrebbe rovinosa pei debitori. Il creditore, contro di cui questa prescrizione siasi compiuta, vien reputato di aver fatta remissione delle annualità, delle rendite o degl'interessi prescritti (1).

Quinci deriva, che il debitore di simili prestazioni può, anche dopo di aver riconosciuto che esse non sieno state pagate pel corso di un determinato tempo, respingere, in virtù della prescrizione di cinque anni, la dimanda di pagamento delle prestazioni ridette, purchè, facendo questa confessione, egli non abbia promesso di soddisfarle (2).

La disposizione dell'art. 2183 può essere invocata da ogni debitore senza distinzione: essa può esserlo soprattutto dallo Stato, per esempio, quanto agl'interessi sulle cauzioni dei pubblici funzionarii e degli uffiziali ministeriali, e quanto alle pensioni della Legione di onore (3).

Essa si applica agl'interessi di ogni credito, la cui quantità si trovi determinata, quale che sia la natura del credito (4); e poco importa che si tratti d'interessi

se, non ha luogo la prescrizione quinquennale contro l'oratore delle stesse, malgrado che il testatore avesse voluto che la celebrazione si fosse fatta in diversi anni con la corrispondente elemosina e siano scorsi più di cinque anni dai rispettivi periodi di tempo in cui le messe furono celebrate. In altri termini: la prescrizione quinquennale di cui parla l'articolo 2138 LL. cc. non colpisce i capitali pagabili ad anno o a termini più brevi. Corte suprema di Napoli, 26 sett. 1846. Gazzetta dei tribunali, anno 2, pag. 580.

(1) *Esposizione de' motivi*, di Bigot-Preameneau, Locrè *Legisl.*, t. XVI, n. 42; Troplong, II, 1002, nota 5, e 1, 36. Civ. cass., 12 marzo 1833, Sir., XXXIII, 1, 299. Brusselles, 17 marzo 1814, 25 giugno 1829, e Liegi, 7 novembre 1820, *Pasicrisia belga*, sotto queste date. Vedi altresì le decisioni citate nella nota seguente.

(2) Troplong, *luoghi cit.*, Parigi, 10 febbraio 1826, Sir., XXVI, 2, 285, Rouen, 29 giugno 1831, Sir., XXXIII, 1, 439. Civ. rig., 10 marzo 1831, Sir., XXXV, 800. Vedi in senso contrario: Amiens, 26 giugno 1826, Sir., XXVIII, 2, 1, 173.

(3) Art. 2183. Parere del consiglio di Stato del 24 marzo 1809, Ordinanza reale nel consiglio di Stato del 28 maggio 1838, Sir., XXXIX, 2, 125. Ordinanza reale nel consiglio di Stato del 5 febbraio 1841, Sir., XLI, 2, 248.

(4) Benchè la nostra compilazione si allontani da quella dell'art. 2183, il quale non parla che di « interessi di somme prestate », noi crediamo nondimeno che essa esprima la vera idea del legislatore. Di fatti, non sa vedersi alcuna plausibile ragione, per istabilire, sotto il punto di vista di che si tratta, una distinzione tra gl'interessi di somme prestate e quelli che sieno dovuti per ragione di altri crediti, di cui la quantità sia d'altronde determinata. Il motivo sul quale è fondata la disposizione dell'art. 2183 essendo generale, questa disposizione deve applicarsi indistintamente ad ogni credito produttivo d'interessi, del quale la cifra si trovi fissata. Da un altro canto, i termini: « e generalmente tutto ciò che

dovuti in virtù d'una sentenza (1).

Laonde, gl' interessi dovuti in virtù della legge, sia sulla somma formante il reliquato di un conto di tutela renduto ed appurato, sia sulla dote o sulle riprese dotali, si prescrivono con cinque anni (2). È lo stesso degl' interessi di un prezzo di vendita, sia che fossero dovuti per effetto di una convenzione speciale, o in virtù della legge, e sia che la vendita abbia o no per oggetto una cosa produttiva di frutti (3).

è pagabile ad anno», i quali seguono immediatamente alle espressioni menzionate di sopra, indicano bene che queste espressioni non potrebbero essere intese in un modo limitativo. Del rimanente, se, malgrado la sua generalità, la disposizione dell'art. 2183 dev'essere ristretta ai crediti la cui quantità trovisi determinata, la ragione si è che il creditore non ha, insino a che la cifra del suo credito non sia determinata, alcuna azione speciale e distinta per domandare gli interessi i quali gli possano essere dovuti, e che quindi il suo diritto agl' interessi non può trovarsi sottoposto se non alla prescrizione con la quale si estinguerà il suo diritto al capitale.

(1) Vedi le autorità citate nelle note *infra*. Vedi in senso contrario: Zachariae. Il nostro autore ammette, in un modo assoluto, che la prescrizione dell'art. 2183 non si applichi nè agli interessi legali, nè agl'interessi giudiziali o moratorii.

(2) Confr. articoli 397, 1361, 1383, Troplong, II, 1025; Limoges, 26 gennaio 1828, Sir., XXIX, 2, 31; Agen, 19 novembre 1840, Dalloz, XXXI, 2, 253; Bordeaux, 8 febbraio 1828, Sir., XXVIII, 2, 116.

(3) Due opinioni contrarie alla proposizione enunciata nel testo sono state emesse, per quanto concerne gl'interessi del prezzo di vendita di una cosa produttiva di frutti. Giusta l'una di queste opinioni, siffatti interessi non sarebbero sottoposti alla prescrizione di cinque anni, neppur quando fossero dovuti in virtù di una convenzione espressa: e ciò per la ragione che essi non sono se non il rappresentativo de' frutti percepiti dal compratore, e che sarebbevi ingiustizia in lasciare a quest' ultimo la totalità di tali frutti, non ostante che egli venisse dispensato dal pagamento degl'interessi di più di cinque anni. Vedi in questo senso: Duranton, XVI, 343, XXI, 433, Parigi, 31 gennaio 1818, Sir., XVIII, 2, 233; Metz, 15 febbraio 1821, Sir., XXIII, 2, 136; Parigi, 12 dicembre 1823, Sir., XXIV, 2, 365; Agen, 10 maggio 1831, Sir,, XXXI, 2, 377; Bastia, 10 maggio 1827, Sir., XXIX, 2, 54. Bruselles, 8 marzo 1823, *Pasicrisia belga* sotto questa data. Ma una tale maniera di vedere non ci sembra ammessibile: oltre che essa tende a stabilire una eccezione incompatibile con la generalità dei termini dell'art. 2183, essa contraria manifestamente lo spirito della legge. Ed in vero, siccome i frutti vengono ordinariamente consumati a misura della loro percezione, così il compratore non si trova sempre e necessariamente arricchito nel momento della domanda del pagamento degl'interessi del prezzo da lui dovuto, dall'ammontare de' frutti da lui percepiti; e l'accumulazione degli interessi potrebbe produrre la sua rovina, ov'egli fosse obbligato a soddisfarli per una lunga serie di anni. Giusta la seconda opinione, gl'interessi del prezzo di vendita di una cosa produttiva di frutti non si prescriverebbero con cinque anni, se non in quanto essi fossero stati stipulati, e non già nel caso in cui essi fossero dovuti solamente in virtù della legge. Vedi in

Così ancora, gl'interessi moratorii attribuiti da sentenza (1) soggiacciono alla prescrizione di cinque anni, anche quando sieno stati aggiudicati a titolo di danni-interessi (2).

Ma la prescrizione stabilita dall'art. 2183 non si applica agli in-

questo senso: Parigi, 7 dicembre 1831, Sir., XXXII, 2, 159; Parigi, 25 maggio 1833, Sir., XXIII, 2, 355. La distinzione, sulla quale poggia questa ultima opinione, è doppiamente viziosa. In effetti, se il motivo che serve di base alla prima opinione è fondato, esso si applica ugualmente tanto alla ipotesi attuale, quanto a quella di che abbiamo precedentemente parlato. Da un altro canto, non si comprende, come mai una stipulazione d'interessi interamente sovrabbondante potesse produrre l'effetto di cangiare, in checchè sia, i dritti e la posizione delle parti. Vedi nel senso della proposizione enunciata nel testo: Troplong. II, 1023: Colmar, 26 giugno 1820, Sir., XXII, 2, 148; Limoges, 17 luglio 1822, Sir., XXII, 2, 295; Ric. rig. 7 febbraio 1826, Sir., XXVII, 1, 368; Tolosa, 14 febbraio 1826, Sir., XXVII, 2, 48; Nimes, 23 gennaio 1827, Sir., XXVIII, 3, 289; Grenoble, 6 giugno 1829, Sir., XXIX, 275: Ric. rig., 9 giugno 1829, Sir., XXX, 3 346; Civ. cass., 14 luglio 1830, Sir., XXX, 1, 246; Douai, 3 luglio 1834, Sir., XXXIV, 2. 369.

(1) Va bene inteso che gl'interessi, i quali sieno decorsi durante il giudizio, dal giorno della dumanda fino a quello della condanna, non sono sottoposti alla prescrizione di cinque anni. Parigi, 27 giugno 1817, Sir., XVII, 2, 375. Ric. rig., 12 luglio 1836, Sir., XXXVII, 1, 64.

(Gl'interessi dovuti in virtù di una condanna giudiziaria non sono sottoposti alla prescrizione di cinque anni. Brusselles, 18 gennaio 1837, *Giur. di B.*, 1837).

(2) Si è nondimeno voluto sostenere il contrario, dicendosi che gl'interessi moratori, accordati da sentenza, si confondano col capitale, e non possano essere esatti separatamente. Ma questo punto di veduta è interamente falso. Se il creditore di una somma capitale, aggiudicata con interessi a partire dalla domanda, non può essere costretto a ricevere separatamente agl'interessi, nulla potrebbe impedirgli di domandarne il pagamento, senza esigere quello del capitale. E siccome, da un altro canto, questi interessi non sono isolatamente esigibili che a misura della loro scadenza annuale, così essi costituiscono evidentemente delle somme pagabili ad anno, e trovansi sottoposti, come tali, alla prescrizione stabilita dall'art. 2183. Quanto alla qualificazione di danni interessi che fosse stata data ad interessi moratorii, essa non può cangiarne la natura; perciocchè in conclusione questi danni-interessi sono sempre delle somme esigibili alla fine di ciascun anno. Troplong. II, 1013 e seg. Amiens, 21 dicembre 1824, Sir., XXV, 2, 340. Bourges, 18 marzo 1825, Sir., XXVI, 2, 269. Nimes. 5 maggio 1830, Sir., XXX, 2. 319. Civ. cass., 12 marzo 1833, Sir., XXXIII, 1 259. Bordeaux, 13 agosto 1834, Sir., XXXIV, 2, 676. Ric. rig., 12 maggio 1835, Sir. XXXV, 1, 251. Ric. rig., 29 gennaio 1838, Sir., XXXVIII, 1, 350. Bourges, 6 agosto 1841, Sir., XLII, 2, 75. Vedi in senso contrario: Vazeille, II, 612; Duranton, XXI, 434: Parigi, 2 maggio 1816, Sir., XXIV, 2, 362; Parigi, 21 dicembre 1829, Sir., XXX, 2, 194; Agen, 18 marzo 1824, Sir., XXIV, 2. 363; Agen, 4 febbraio 1825, Sir., XXV, 2, 127; Rennes, 22 dicembre 1837, Sir., XXXVII. 2, 88.

teressi di crediti la cui quantità non sia ancora determinata (1).

Quindi gl'interessi del reliquato di conto di tutela non soggiacciono a tale prescrizione, insino a che questo conto non sia stato renduto ed appurato (2). È lo stesso degl'interessi delle somme anticipate da un mandatario, ovvero delle somme che egli abbia ricevute per conto del mandante, e che abbia impiegate a suo uso personale, insino a che il conto della gestione non sia stato appurato (3).

Così ancora, gl' interessi delle somme di cui un coerede sia debitore verso i suoi coeredi, o per ragione di debiti contratti verso il defunto o a titolo di collazione, o per mezzo d'immobili ereditarii comprati all' asta, non si prescrivono con cinque anni se non a contare dalla liquidazione definitiva della successione (4).

In fine, gl' interessi di somme dovute per conto corrente non si prescrivono con cinque anni, se non a datare dall'appuramento di questo conto (5).

La prescrizione dell'art. 2183 è estranea agl' interessi, i quali essendo stati, sia soddisfatti in discarico del debitore da un terzo, interessato o non interessato all'estinzione del debito (6), sia pagati alle mani di un terzo per conto del creditore (7), *fossero* in tal guisa divenuti veri capitali. Questa proposizione si applica soprattutto agl'interessi soddisfatti da un condebitore, o da un fideiussore (8).

Le cinque annate d' interessi,

(1) La ragione si è, che il creditore non gode in somigliante caso, per domandare gl' interessi che gli possano essere dovuti, di un'azione speciale e distinta da quella che gli compete affine di far fissare l'ammontare del suo credito in capitale. Vedi le autorità citate nelle quattro seguenti note.

(L'art. 2183 del Codice civile non può essere invocato se trattisi d'interessi fissati dalla legge, e soprattutto dall'art. 1743 francese del Codice civile, pel non pagamento delle somme dovute per effetto della comunione legale.

—Gl'interessi pagabili in una sola volta con la somma capitale non sono sottoposti ad alcun' altra prescrizione oltre quella di trent'anni, stabilita dall'art. 2168 del Codice civile. Liegi, 8 febbraio 1843).

(2) Troplong, II, 1027. Ric. rig., 30 aprile 1835 Sir., XXXV, 1. 553.

(3) Liegi, 10 luglio 1733, Sir., 34, 2, 172. Ric. rig., 18 febbraio 1836. Sir., XXXVI, 1. 940. Rouen, 4 maggio 1843, Sir., XLIII, 2, 494.

(4) Troplong, II, 1032. Colmar, 1 marzo 1836, Sir., XXXVI, 2, 573. Parigi, 24 nov. 1838, Sir., XXXVIII, 2, 480. Ric. rig., 26 giugno 1839, Sir., XXXIX, 1, 553.

(5) Troplong, II, 1029. Vazeille, II, 612. Parigi, 18 maggio 1825, Sir., XXV, 2, 390. Ric. rig., 12 dicembre 1838, Sir., XXXIX, 1, 528. Caen, 3 maggio 1843, Sir., XLIII, 2, 484.

(L'art. 2183 non si applica agli interessi di un conto corrente tra commercianti. Brusselles, cass., 12 marzo 1840. *Giur. di B.*, 1840.

(6) Troplong, II, 1034. Duranton, XXI, 431. Confr. ric. rig., 22 gennaio 1838, Sir., XXXIX, 2, 35.

(7) Duranton XXI, 430. Brusselles, 23 dicembre 1829, *Giur. di B.*, 1829, 1, 136. Vedi altresì. Brusselles, 10 aprile 1842, *Giur. di B.*1842, 2, 266.

(8) Troplong, *luogo cit.* Caen, 7

alle quali trovasi ristretta l'azione del creditore, si computano risalendo dal giorno della dimanda, e non dal giorno dell'ultima scadenza annuale; dimodochè se dopo cinque scadenze annuali, il creditore istituisca la sua dimanda di pagamento nel corso della sesta annata, egli non potrà esigere gl' interessi scaduti durante la prima, che proporzionatamento al numero dei giorni i quali sieno trascorsi dall'epoca corrispondente a quella della sua dimanda sino alla fine di quest'annata (1).

La prescrizione, di cui qui si tratta, è, in generale, sottoposta alle stesse cause di sospensione che la prescrizione ordinaria. Laonde, essa è principalmente sospesa, quando il creditore non abbia potuto agire prima di un avvenimento di cui egli abbia dovuto attendere l'arrivo (2). Nondimeno, essa corre contro i minori e contro gl' interdetti, salvo ad essi il regresso contro i loro tutori. Artic. 2184. Da un altro canto, essa continua a correre quantunque le annualità o le rendite sieno cessate di essere dovute per l'avvenire. Per tal guisa, le annualità di una rendita vitalizia si prescrivono con cinque anni a contare dalla loro scadenza, anche dopo la morte del vitaliziante (3).

*3. La prescrizione si compie a capo di due anni, riguardo alle azioni civili di ristoro del danno cagionato da un reato correzionale (4), distinguendosi sempre però il caso in cui l' azione penale sia stata intentata unitamente all' azione civile, o pure divisa. Art. 615 e 621, proc. penale.

4. Essa si compie col decorrimento di due anni, per quanto concerne:

1) Le azioni dei patrocinatori pel pagamento dello loro spese e salarii. Art. 2179.

Intendonsi per salarii gli emolumenti dovuti al patrocinatore, all'occasione dei diversi atti del suo ministero. Le somme ch'egli dimandasse, a titolo di onorarii straordinarii, per memorie pubblicate nell'interesse del suo cliente, non costituiscono dei salarii a cui si applichi la prescrizione dell'art. 2179 (5).

agosto 1840, Sir., XL, 2, 328. Vedi in senso contrario: Vazeille, II, 617. Lione, 15 marzo 1823, Sir., XXIII, 2, 243.

(1) Gl'interessi si prescrivono giorno per giorno, siccome si acquistano. Troplong, II, 1003. Vazeille, II, 611. Bordeaux, 21 febbraio 1838, Sir., XXXV, 2, 25.

(2) Troplong, II, 1010. Grenoble, 20 giugno 1832, Sir., XXXII, 2, 617. Grenoble 30 agosto 1833, Sir., XXXIV, 2, 529. Civ. rig., 9 luglio 1834. Sir., XXXIV, 1, 404.

(3) Troplong, II, 1003. Vedi in senso contrario: Parigi, 22 luglio 1826, Sir., XXVII, 2, 176.

(4) È mestieri che il fatto, il quale abbia occasionato il danno, sia suscettivo di perseguitazioni mediante azione pubblica. Brusselles, cass., 12 giugno 1845, *Giur. di B.*, 1845, 527.

(5) Ric. rig., 22 luglio 1835. Sir., XXXV, 1, 484. Del resto, l'art. 2179 è compiutamente estraneo a' salarii che potessero essere dovuti ad un patrocinatore, non in questa qualità, ma come mandatario ordinario *ad negotia*. Troplong, II, 995. Conf. Bordeaux, 9 giugno 1840, Sir., XL, 2, 295.

La parola spesa comprende: da un canto, le anticipazioni fatte dal patrocinatore per bollo, per dritti di registratura o di cancelleria, e per salarii di usciere; da un altro canto, le somme sborsate per copie o estratti di atti che egli abbia ritirati dallo studio di un notalo, da una cancelleria, dall'uffizio della conservazione delle ipoteche, o dagli archivii di un'amministrazione. Essa comprende ancora le somme pagate ad avvocati per onorarii di arringhe o di consulti, in quanto tali onorarii sieno di natura tale da entrare in tassa. Ma non si estende agli onorarii straordinarii che il patrocinatore avesse, come semplice mandatario o *negotiorum gestor* del suo cliente, pagati all'avvocato che abbia difesi gl' interessi di quest' ultimo (1).

La prescrizione stabilita dallo art. 2179 corre a datare, sia dal giorno in cui la lite abbia avuto termine mercè sentenza definitiva o mercè transazione, sia dal giorno della cessazione, del mandato del patrocinatore, per effetto di rivocazione.

Per quanto concerne gli affari non ancora terminati, la prescrizione dell'azione de' patrocinatori non si compie che con cinque anni, i quali si computano, per ciascun articolo di spese e di salarii, dal giorno in cui eglino ne sieno divenuti creditori. Articolo 2179 (2).

2) La prescrizione si compie parimente col decorrimento di due anni, in quanto alle azioni di restituzione di carte affidate ad uscieri. Essa corre, in simil caso, a datare dalla esecuzione della commissione o dalla intimazione degli atti di cui erano incaricati. Art. 2182 (3).

*3) Ed in ultimo si compie la prescrizione in due anni per rispetto al conseguimento delle spese ed onorarii dei notai. Il biennio comincia a decorrere dalla inscrizione dell' atto originale o della copia nel repertorio. Gli art. 2180 e 2181 sono adattabili ai notai. Decreto del 14 luglio 1838.

5.° La prescrizione si compie col decorrimento di un anno, in quanto alle azioni seguenti, art. 2178;

1) Le azioni de' medici, dei chirurgi, e de' farmacisti, pel pa-

(1) Vazeille, II, 686. Grenoble, 30 luglio 1821, Sir., XXXII, 2, 145. Pau, 7 giugno 1828. Sir., XXIX, 2, 85. Riom, 24 maggio 1838, Sir., XXXVII, 2, 288. Vedi in senso contrario: Troplong, II, 979. Riom, 9 giugno 1840, Sir., XL, 2, 295.

(2) La legge non parla, per verità, che della rivocazione del patrocinatore; ma è cosa evidente che la rivocazione non fa correre la prescrizione dell'art. 2179, se non perchè essa produce la cassazione del mandato del patrocinatore, e per conseguenza ogni causa di natura tale da far cessare il suo mandato dee ugualmente produrre l'effetto di far correre la prescrizione della quale si tratta. Troplong, II, 980. Ric. rig., 19 agosto 1816. Sir., XVII, 1, 378. Confr. Civ. cass. 18 marzo 1807, Sir, VII, 1, 1109.

(3) La prescrizione stabilita da quest'articolo non si applica alle domande di restituzione di somme che gli uscieri avessero esatte pe' loro clienti. Rouen, 1 luglio 1828, Sir., XXIX, 2, 32.

gamento delle somme dovute per visite, operazioni e medicamenti: questa prescrizione corre, anche in quanto agli onorarii dimandati per visite, a contare dal giorno in cui ciascuna di esse abbia avuto luogo (1), e non è interrotta dalla morte del debitore (2);

2) Le azioni degli uscieri pel pagamento delle loro spese e salarii;

3) Le azioni de' mercanti pel pagamento delle somministrazioni fatte, sia ad un particolare non commerciante, sia anche ad un negoziante, ma per cause estranee al suo negozio.

Il vocabolo «mercanti», nel senso dell'art. 2178, comprende, in generale, tutti coloro che si occupino abitualmente di vendite all'ingrosso o a minuto. Comprende ancora gli operai che, per ragione delle somministrazioni le quali essi abbiano l'abitudine di fare, sieno piuttosto da considerarsi come commercianti che come semplici artigiani (3).

4) Le azioni de' direttori di pensionati pel pagamento del prezzo della pensione dei loro alunni, e quelle de' maestri operai pel pagamento del prezzo della istruzione;

5) Le azioni de' domestici stipendiati ad anno pel pagamento de' loro salarii.

Il vocabolo « domestici » non comprende le persone i cui servigi rientrino nell'esercizio di una professione, come i commessi e gli scritturali (4). L'azione che a costoro compete pel pagamento dei loro salarii non si prescrive che con cinque anni (5);

6. La prescrizione è di sei mesi; art. 2177:

1) Quanto alle azioni de' mae-

(1) Limoges, 3 luglio 1839. Sir., XL, 2, 57. Conf. altresì le considerazioni di un arresto di cassazione del 29 ottobre 1810. Sir., XI, 1, 23. Vedi in senso contrario: Pothier, *delle Obbligazioni*, II, 716; Troplong, II, 959; Vazeille II, 733; Duranton, XXI, 413. Secondo questi autori, la prescrizione dell'azione di pagamento degli onorarii dovuti per visite non comincerebbe a decorrere, se non che dalla morte dell'ammalato, o dal congedo del medico. Benchè questa opinione sia conforme all'antica giurepudenza, pure ci sembra impossibile di ammetterla oggidì, per la ragione che essa è in manifesta opposizione coll'art. 2180, e che ciascuna visita fatta da un medico costituisce a suo vantaggio un credito distinto. D'altronde, l'applicazione della dottrina, che noi combattiamo, renderebbe necessaria, tra le malattie acute e le malattie croniche, delle distinzioni le quali lascerebbero troppa latitudine al potere discrezionale del giudice. Conf. Delvincourt, II, 198.

(2) Civ. cass., 29 ottobre 1810, Sir., XI, 1, 23.

(3) Troplong, II, 955. Agen, 5 luglio 1833, Sir., XXXIV, 2, 46. Parigi, 22 novembre 1833, Sir., XXXIV, 3, 184.

(4) (L'art. 2177 non si applica ai commessi di negozianti. Liegi, 13 agosto 1835, *Giur. di B.*, 1836.

—L'art. 2178 non si applica al fattore il quale sia incaricato della direzione di un laboratorio, e'l quale non riceva dal suo padrone nè il vitto nè l'alloggio. Liegi 22 gennaio 1824, *Prasicrisia belga*, sotto questa data Vazeille, n. 741).

(5) Troplong, II, 938 e 945. Vazeille, II, 756. Parigi, 24 gennaio 1825, Sir., XXV, 2, 342. Bourges, 30 maggio 1829. Sir., XXX, 2, 118.

stri e degl'istitutori, pel pagamento delle lezioni che essi diano a mese (1).

2) Quanto alle azioni degli osti e dei trattori, pel pagamento degli alloggi loro dovuti, e del vitto che abbiano somministrato, sia nel loro stabilimento, sia fuori di esso (2). Questa prescrizione si applica egualmente all'azione dei mercanti di vino e de' caffettieri, pel pagamento delle cose che sieno state consumate presso di loro (3). Ma essa non si estende alla dimanda di pagamento di somministrazioni fatte da panattieri, da pasticcieri, da beccai, da confettieri e altri mercanti di commestibili, che vendano a bottega aperta (4).

3) Quanto alle azioni degli operai, dei domestici e dei giornalieri, pel pagamento delle loro giornate, somministrazioni e salarii.

Debbonsi comprendere sotto i vocaboli « operai e giornalieri », i semplici artigiani, e tutti coloro che sono pagati a giornate, qualunque sia d'altronde la natura de' loro servigii e de' loro travagli (5).

*7. Le azioni civili per ristoro di danni cagionati da reati forestali e di caccia, si prescrivono secondo le regole stabilite per tutti i delitti. Artic. 143, L. del 21 agosto 1826 (6).

*8. Si prescrive in tre mesi l'azione penale per contravvenzione di polizia. Art. 616, pr. penale.

Le prescrizioni di breve durata, stabilite dagli art. 2177 a 2183, corrono contro i minori e contro gl'interdetti, salvo il loro regresso contro i proprii tutori. Articolo 2184. Ma esse soggiacciono alle stesse cause d'interruzione che la prescrizione ordinaria.

Conformemente al dritto comune d'interruzione di simili prescrizio-

(1) Se le lezioni fossero pagabili ad anno o a trimestre, la prescrizione non avrebbe compimento che con cinque anni. Art. 2183. Troplong, II, 945. Ric. rig., 12 gennaio 1820, Sir., XX, 1, 142.

(2) Duranton, XXI, 405 e 416.

(3) Merlin, *Rep.* v. Prescrizione, sez. II, § 1, n. 1.

(4) L'azione competente a queste persone non si prescrive che mediante un anno. Art. 2178. Troplong, II, 951.

(5) Così, per esempio, l'azione di un preposto alle manifatture, o capo di bottega, pagato a giornata, si prescrive con sei mesi (Liegi, 3 marzo 1825, *Pasicrisia belga*, sotto questa data). Civ. cass. 7 gennaio 1824, Sir., XXIV, 1, 90.

(La prescrizione dell'art. 2177 non è adattabile agli architetti o direttori di costruzioni. Liegi, 2 giugno 1826, *Pasicrisia belga*, sotto questa data. Vedi altresì: Bruxelles, 22 ottobre 1817.

—L'art. 2177 non può essere opposto al maestro fabbricatore, il quale non dimandi il prezzo delle sue somministrazioni ed il prezzo del suo travaglio, ma il risultamento di una convenzione di appalto che egli abbia fatta per ispeculazione e sottoponendosi alle eventualità di perdita e di guadagno. Brusselles, 10 febbraio 1836, *Giur. di B.*, 1836).

(6) (Nel Belgio, la prescrizione è di un mese riguardo a tutti i reati di caccia. Legge del 6 febbraio 1846, art. 18. Bonient, *Codice della caccia*, n. 409).

ni non produce l'effetto di prolungare per l'avvenire lo stadio di tempo a capo del quale esse si compiono (1), eccetto nondimeno se l'atto interruttivo abbia in pari tempo operata novazione (2). Questo è ciò che avviene soprattutto quando il credito sia stato riconosciuto volontariamente o con sentenza (3); ed in questo caso, esso non è più sottoposto che alla prescrizione di tre-t'anni (4).

Le prescrizioni di sei mesi, di di un anno, e di due anni, stabilite dagli articoli 2271 a 2277 (2177 a 2179), corrono non ostante la continuazione delle somministrazioni, e de' servigi o de' travagli; dimodochè tali prescrizioni si compiono, per quanto riguarda i diversi articoli di dimanda, mediante i termini indicati di sopra, computati a partire dal giorno delle somministrazioni, de' servigi, o dei travagli, corrispondente a ciascuno di essi (5). Articolo 2180 comma 1.

Del resto, quegli, al quale si opponga una prescrizione di questa specie, può deferire a colui che la invochi il giuramento sulla quistione di sapersi se il debito sia stato realmente pagato. Egli è pure autorizzato a deferire su questo punto un giuramento di credenza alla vedova ed agli eredi di quest'ultimo, o a' loro tutori, se essi sieno minori. Artic. 2181. Ma egli non sarebbe ammesso a combattere con altri mezzi la presunzione di liberazione sulla quale sono fondate queste prescrizioni (6).

(1) Così, per esempio, allorchè la prescrizione quinquennale sia stata interrotta da un precetto o da un pignoramento, questa interruzione non impedisce che la prescrizione si effettui mediante un nuovo decorrimento di 5 anni da computarsi dal giorno del precetto o del pignoramento. Arg. Codice di commercio, art. 193. Troplong, II, 687. Nancy, 18 dicembre 1837, Sir., XXXVIII, 2, 322. Vedi in senso contrario: Duranton, XXI, 267. Tolosa, 20 marzo 1835, Sir., XXXV, 2, 418.

(2) Conf. altresì: Civ. rig. 6 maggio 1840, Sir., XL, 1, 810; Bourges, 3 febbraio 1843, Sir., XLIV, 2, 33.

(3) Conf. sugli atti e sulle sentenze d'onde può risultare un somigliante riconoscimento: Ric. rig. 19 agosto 1816, Sir., XVII, 1, 378. Ric. rig., 29 giugno 1842, Sir., XLII, 1, 712.

(4) Il secondo comma dell' art. 1280 non è che un'applicazione speciale della proposizione enunciata nel testo: Rouen, 5 marzo 1842, Sir., XLII, 2, 318. Vedi altresì le autorità citate di sopra. Del resto, va bene inteso che la massima: *Actiones quae tempore pereunt, semel inclusae iudicio, salvae permanent.* si applica ugualmente alle prescrizioni di cui è menzione nel testo. Questo è ciò che le parole: « o una citazione giudiziale non perenta: », del secondo comma dell'art. 2180, indicano specialmente per quanto riguarda le prescrizioni di cui esso si occupa.

(5) Questa proposizione si applica anche agli onorarii dovuti per visite di medici.

(6) Troplong, II, 995. Lione, 18 gennaio 1836, Sir., XXXVI, 2, 554. Civ. cass., 29 novembre 1837, Sir., XXXVIII, 1, 431. Vedi nondimeno in senso contrario: Toullier, X, 54. Duranton, XIII, 434. Secondo questi autori, colui al quale si opponga una prescrizione di questa specie,

796 Degli effetti giuridici della prescrizione.

La prescrizione è un' eccezione perentoria, opposta alla dimanda riguardata sotto il rapporto del dritto di azione.

La prescrizione, non essendo che una eccezione, il dritto di azione sussiste insino a che essa non sia stata opposta, e per conseguenza l'obbligazione conserva sino a tal punto la sua efficacia civile (1).

La prescrizione non essendo che una eccezione perentoria, fondata sulla circostanza che il dritto di azione non sia stato esercitato nel termine a ciò prefinito dalla legge, essa non può, di sua natura, altro colpire che questo dritto di azione. Da ciò deriva, che quando la prescrizione venga opposta ad un' azione avente per oggetto l'adempimento di una obbligazione, l'ammissione di essa prescrizione non produce altro effetto, se non quello di privare quest'ultima della sua efficacia civile, e la lascia sussistere come obbligazione naturale (2).

potrebbe ugualmente far interrogare il suo avversario sopra fatti e circostanze.

(1) Indarno trarrebbesi ragione, in appoggio dell' opinione contraria, dalle disposizioni degli art. 1187 e 2125. Questi articoli dicono, egli è vero, che la prescrizione è un modo di estinzione delle obbligazioni, un modo di liberarsi. Ma, siccome il primo di questi articoli si riferisce evidentemente al secondo, e questo secondo subordina l' efficacia della prescrizione al concorso delle condizioni richieste dalla legge, così essi non sono, nè l'uno nè l'altro, in alcun modo contrarii al nostro sistema; perciocchè risulta dal complesso degli art. 2127, 2129, 2130 e 2131 che la prescrizione non produce il suo effetto, se non in quanto venga opposta dal debitore. Se la prescrizione dovesse produrre il suo effetto *ipso iure*, ne risulterebbe che il diritto, al quale essa si applichi, troverebbesi estinto dal momento in cui essa siasi compiuta; e, in tale ipotesi, l'atto, col quale il debitore manifesterebbe l'intenzione di non prevalersi della prescrizione, non costituirebbe più una semplice rinunzia al benefizio di quest'ultima, ma ingenererebbe una nuova obbligazione. Or un somigliante sistema è evidentemente inammessibile. Duranton, XXI, 107 e seg. Vedi in senso contrario: Troplong, I, 29 e seg.

(2) Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 196, 642 e 666. Merlin, *Rep.*, v. Prescrizione, § 2, n. 7. Delvincourt, II, 452. Duranton, X, 41, XXI, 1, 29 a 32. Quest'autore, il quale non distingue nettamente l'attuale quistione da quella che abbiamo discussa nella nota precedente, invoca ancora gli art. 1187 e 2125. Ma, è cosa evidente che il legislatore, dicendo che la prescrizione è un modo di estinzione delle obbligazioni, un mezzo di liberarsi, non ha avuto in mira che l'obbligazione civile, e quindi le disposizioni degli articoli dianzi citati sono compiutamente estranee alla quistione di sapersi se l'obbligazione naturale si estingua, in caso di prescrizione, insieme coll' obbligazione civile. Quel che non può lasciare alcun dubbio relativamente a ciò, si è che l'art. 1187 mette allo stesso livello l'estinzione delle obbligazioni per effetto di prescrizione, e la loro estinzione per effetto della nullità o della rescissione pronunziata in giudizio, e che è impossibile cosa il pretendere che la sentenza, la quale ammetta la nullità o la rescissione

La prescrizione essendo fondata sulla circostanza che il dritto di azione non sia stato esercitato nel termine prefinito dalla legge, ed attaccando questo dritto in sè stesso, essa ingenera di sua natura una eccezione reale, la quale può, come tale, essere opposta da tutti i condebitori solidali e dal fideiussore, malgrado la rinunzia che avesse fatta uno di questi condebitori o il principale obbligato. Quanto agli altri creditori, a vantaggio dei quali la prescrizione siasi compiuta, essi sono non solamente autorizzati ad opporla a nome di quest'ultimo, se egli non vi abbia rinunziato, ma ancora a far ritrattare la sua rinunzia per mezzo dell'azione paulina (1). Art. 2131.

L'eccezione di prescrizione non può essere supplita di ufficio dal giudice, il quale non è autorizzato ad ammetterla, se non in quanto sia stata proposta esplicitamente, o, per lo meno, implicitamente (2). Art. 2129.

L'eccezione di prescrizione può essere proposta in ogni stato di causa. Art. 2130. Può esserlo anche dopo la difesa nel merito, e per la prima volta in grado di appello, purchè non risulti ad evidenza, secondo le circostanze, che la parte la quale se ne prevalga vi avesse rinunziato. La sentenza che rigettasse questa eccezione come tardiva, per la sola ragione che non fosse stata proposta se non dopo la difesa nel merito, o in grado di appello, violerebbe la disposizione dell'art 2130 (3).

La parte, alla quale si opponga un'eccezione di prescrizione, non può, in tesi generale, deferire a quella che se ne prevalga il giuramento decisorio sulla quistione di sapersi se ella abbia realmente adempiuto all'obbligazione che forma l'oggetto della dimanda (4).

797 Della rinunzia alla prescrizione.

L'eccezione di prescrizione non può più essere proposta da colui che vi abbia rinunziato espres-

di una obbligazione, produca l'effetto di estinguere anche l'obbligazione naturale, alla quale il debitore potesse trovarsi sottoposto, malgrado il vizio onde la sua obbligazione sia infetta agli occhi della legge civile. D'altronde, secondo il sistema di Troplong, converrebbe giugnere fino a dire che l'obbligazione, con la quale un debitore si obbligasse a pagare un debito dichiarato prescritto, sarebbe priva di effetto, siccome destituita di ogni causa, sia civile, sia naturale. E questa conseguenza ci sembra condannare la dottrina d'onde essa discende.

(1) Troplong, 1. 101; Duranton, XXI, Merlin, *Quest.*, v. Garentia. § 7. Vedi in senso contrario: Vazeille, I, 352.

(2) Troplong, I, 91. Confr. sulla quistione di sapersi, quali sieno i casi ne' quali la prescrizione possa considerarsi come stata implicitamente proposta: Civ. cass., 26 febbraio 1822, Sir., XXII, 1. 344; Civ. cass. 18 aprile 1838, Sir., XXXVIII, 1, 333. Ric. rig., 28 aprile 1840 Sir., XL, 1, 600.

(3) Civ. cass., 3 giugno 1810, Sir., X, 1, 282. Ric. rig., 19 maggio 1829. Sir., XXIX; 1, 230.

(4) Arg. *a contrario*, art. 2181, e Codice di commercio, art. 193.

samente o tacitamente. Art. 2126 e 2127.

La rinunzia alla prescrizione non può aver luogo in un modo efficace, se non dopo lo spirare del tempo richiesto pel suo compimento (1); Art. 2126.

Del resto, la rinunzia alla prescrizione è retta dalle regole relative alla rinunzia in generale.

Laonde, i semplici amministratori dell'altrui patrimonio non possono validamente rinunziare alla prescrizione acquistata a vantaggio delle persone di cui essi sieno incaricati di amministrare i beni. Art. 2128. Nonpertanto, se una sentenza di condanna fosse intervenuta per effetto di una simile rinunzia, questa sentenza sortirebbe il suo pieno ed intero effetto, salva la ritrattazione mediante il ricorso civile nei casi preveduti dall'art. 481 del Codice di procedura 545 LL. di pr. civ., e salvo, in tutti i casi, il regresso della parte condannata contro l'amministratore del suo patrimonio (2).

Così ancora, la rinunzia tacita non può risultare che da fatti i quali la suppongano necessariamente. Art. 2127.

Da questa proposizione emergono, tra le altre, le seguenti conseguenze (3):

1. La parte che abbia cominciato dal far valere un'eccezione di nullità o di rescissione, ovvero che abbia da principio preteso di essersi ella liberata dalla sua obbligazione senza giustificarlo, non è per questa sola ragione reputata di aver rinunziato alla prescrizione (4).

Per contrario, quegli che, senza porre in contestazione l'esistenza del suo debito, siasi limitato a discuterne la quantità o a dimandare dilazioni, dee riguardarsi come se avesse rinunziato alla prescrizione (5).

2. Quegli, il quale domandi la esecuzione di una obbligazione risultante da un contratto sinallagmatico, non è reputato di rinunziare alla facoltà di opporre la prescrizione della correlativa obbligazione che tale contratto gli abbia imposta (6).

3. La notificazione fatta dal terzo possessore, conformemente agli artic. 2081 e 2083, per giugnere alla purgazione dell'immobile da lui acquistato, non im-

(1) Nondimeno, una rinunzia anticipata importerebbe interruzione della prescrizione, se essa rinunzia contenesse riconoscimento del diritto del creditore. Conf. art. 2154. Pothier, *delle Obbligazioni*, n. 665. Troplong, I, 45. Duranton, XXI, 117.

(2) Troplong, I, 80 ed 81. Confr. Duranton, XXI, 126 seg.

(3) Conf. ancora: Limoges, 16 marzo 1819, Sir., XX, 2, 75; Bourges, 18 marzo 1825, Sir., XXVI, 2, 269; Bordeaux, 7 febbraio 1827, Sir., XXVII, 2 147.

(4) Duranton, XXI, 137 a 149. Troplong, I, 56. Vazeille, 1, 314. Civ. cass., 18 aprile 1337 Sir., XV, 1, 203. Bourges, 1 febbraio 1827, Sir., XXVII, 2, 158.

(5) Troplong, I, 67 e 68.

(6) Merlin, *Quest.* v. Prescrizione, § 10. Troplong, 1, 73. Ric. rig., 7 agosto 1833, Sir., XXXIII, 1, 721. Ric., rig., 14 maggio 1834. Sir., XXXXIV, 1, 810. Vedi in senso contrario: Duranton, XXI, 252: Riom, 28 maggio 1810, Sir., XI, 2, 322.

porta necessariamente dal canto suo rinunzia alla facoltà di prevalersi della prescrizione rispetto ai creditori iscritti, ai quali questa notificazione sia stata indiritta (1).

(1) Civ. rig., 6 maggio 1840, Sir., XL, 1, 810. Bourges, 3 feb. 1845, Sir., XLIV, 2, 35. Grenoble, 10 marzo 1827, Sir., XXVIII, 2, 41. Vedi in senso contrario: Troplong, *delle Ipoteche* IV, 883 *bis* ad 887 *ter*; Duranton, XX, 221. Questi autori si fondano sul riflesso che la notificazione di che trattasi conterrebbe riconoscimento de' dritti de' creditori a' quali sia stata fatta, ed importerebbe in loro vantaggio, da canto del terzo detentore, un' obbligazione personale, la quale non diverrebbe prescrittibile che con trent' anni, a partire della notificazione. Ma queste ragioni non ci paiono concludenti, è inesatto il pretendere, che la notificazione fatta a' creditori iscritti contenga necessariamente riconoscimento de' loro diritti: perciocchè il terzo detentore altro non fa che adempiere ad una formalità indispensabile per la compiuta purgazione del suo immobile, a segno tale, che se egli avesse omesso di notificare il suo titolo a coloro tra' creditori iscritti la cui ipoteca era prescritta riguardo a lui, egli sarebbe obbligato, onde far disparire le loro iscrizioni, a convenirli separatamente in giudizio per la cancellazione. Da un altro canto, se l'offerta del terzo detentore di pagare il prezzo di acquisto tra le mani de' creditori iscritti costituisce dal canto suo una obbligazione personale, questa obbligazione è di sua natura subordinata alla esistenza del diritto ipotecario, e dee per conseguenza svanire relativamente a quelli trai creditori la cui ipoteca si trovasse inefficace. A dir tutto in breve, quando consideriamo la posizione del terzo detentore, o ci compenetriamo dello scopo della purgazione, siamo naturalmente menati a riconoscere che l'offerta fatta da quest'ultimo, di pagare a' creditori iscritti il prezzo del suo acquisto, non ha luogo che sotto la riserva tacita e virtuale di discutere in appresso i loro diritti ipotecarii.

LEGGI COMPARATE

DONAZIONI E TESTAMENTI

Testamenti.

Sparta, le cui leggi sono cotanto celebri e singolari, richiede ne parliamo alquanto particolarmente. Ella cominciato aveva, al pari di Atene, dal vietare il testamento. Da un luogo di Aristotile si è inferito che Licurgo, il quale aveva ugualmente diviso i beni, inibito di vendere e comprare le quote rispettive, interdetto l'uso dell'oro e dell'argento, era incorso nella strana contraddizione di conferire ad ogni cittadino la libertà di donare e testare. Questa illazione non ha fondamento; Aristotile non ha commesso questo grave errore. Ei si limita a dimostrare la opposizione fra gli statuti sì male concepiti, senza renderne risponsabile Licurgo. Ed in vero, come attesta Plutarco, il diritto di testare venne introdotto dall'eforo Epitadeo cinque secoli dopo Licurgo. Egli facendo accettare dai suoi concittadini questa legge, proposta da lui per odio contro suo figlio, sconvolse tutta la politica economia di Licurgo. « I ricchi, continua Plutarco, cominciarono allora ad acquistare, escludendo i veri eredi dalle successioni loro pertinenti ». Siccome le femmine erano divenute capaci di succedere, così il padre potette legare la figlia a chi credeva conveniente prescegliere. Quindi il diritto ateniese penetrò nella gelosa patria di Licurgo, e tutto l'economico sistema di questo legislatore non indugiò a crollare.

Ma è tempo ora di scendere in Italia, nella patria chiarissima del diritto civile.

Le influenze che signoreggiaron il vecchio diritto italico vengono ingegnosamente caratterizzate da Virgilio, quando egli rappresenta Enea in atto di offrire in dono al re Latino lo scettro e la sacra tiara di Priamo. Difatti la religione e la politica si strinsero in connubio per gittare i fondamenti delle italiche instituzioni, ed ambedue per lungo tempo formarono la forza dei popoli Latini ed Etruschi, naturalmente amici del culto degli Dei. I loro primitivi re, come Latino e Turno, avean tutti una divina origine; essi erano nel tempo stesso sacerdoti e capi guerrieri, ed i loro ministri ivano ad indagare leggi e risposte nelle fibre delle vittime, nel volo degli uccelli e nello scoppio della folgore. Benchè il greco elemento fosse venuto a mescersi nei popoli d'Italia, co-

me ne ammaestra Virgilio nei cinque ultimi canti del suo immortal poema, pure l'itala razza avea conservato la sua tempra vigorosa ed il suo tipo originale. Anzi Giove avea promesso a Giunone che il Lazio starebbe ad onta della vittoria di Enea; che gli Ausonii, ritenendo il nome, il linguaggio, i loro costumi, assorbirebbero i profughi dell'Asia, dopo aver mescolato i due culti, e che Roma un dì dovrebbe la potenza sua ed i suoi progressi al solo italo valore. L'Italiano, paziente agricoltore e prode soldato, disdegnava il lusso; amava la preda della caccia e della guerra; l'asta gli serviva a vicenda per colpire i suoi nemici e per ispronare i buoi del suo carro. All'italico intelletto, più preciso e adequato dell'intelletto greco, erano stranieri i farneti-chi dei Minossi e dei Licurghi; e ragionevolmente Cicerone applaudiva all'antica Roma di avere nelle sue leggi anteposto la prudenza e la ragione alle disposizioni quasi ridicole di quei legislatori. Indubitatamente i costumi erano aspri e rozzi, e le instituzioni adagiavansi su la severa base della religione e dell'autocrazia; ma esse preservaronsi più che le greche instituzioni dalla influenza asiatica e dall'orientale dispotismo. L'Italiano coltivava la terra con le sue libere braccia in vece di abbandonarla agli schiavi, come gli Spartani e la maggior parte dei Greci; ei rendeva divini onori a quella terra d'Ausonia consacrata dagli Dei e fecondata coi suoi lavori; la proprietà vi proclamava il suo diritto coi termini dei campi, oggetto del rispetto di un popolo agricolo e religioso. Le favole narrano che dal tempo di Saturno tutte le cose erano comuni; ma la storia ci mostra la privata appropriazione come il fatto dominante nei secoli conosciuti dalla tradizione. La proprietà era immutabile, e la società poggiava sul culto della troiana Vesta, custode dei domestici lari, immagine della stabilità, protettrice dello Stato, e sul culto del dio Termine; il quale conciliava la division dei campi con la pace della *città*. L'agrimensore era un *sacerdote*; la terra misurata e confinata da lui era un tempio, perchè era stata toccata col suo augurale bastone, e gli auspicii erano stati presi nel suo recinto sotto la volta dei cieli. È noto che lo stesso Numa, il quale divise le terre frai romani cittadini, ebbe caro di richiamare e viemmeglio stabilire il culto del dio Termine; esecrande maledizioni colpivano chi violasse il confine dei campi.

Dunque noi ravvisiamo qui un individuale carattere fortemente impresso nello stabilimento della proprietà. Il diritto del proprietario, comecchè inviluppato nel religioso e politico elemento, si scevera e manifesta come quello della famiglia, di cui è pari. Santo Agostino ci ammaestra confondersi talvolta Vesta con la terra. Forse non avveniva ciò perchè la proprietà è il compimento della famiglia di cui Vesta era la tutelare divinità?

Ed essendo il testamento la espressione dello indivuale diritto dell'uomo su la cosa, lo scorge-

remo nelle usanze della vetusta Italia, più delle antichità greche, scevra delle idee orientali su la proprietà.

Di fatti Tito Livio ci attesta che Proca, re degli Albani e padre di Numitore di Amulio, legò a Numitore primogenito, l'antico reame dei Silvii. Sotto Anco Marzio, la cortigiana Acca Laurenzia, dopo lunga conbitazione con Tarruzio, ricco cittadino, venne instituita erede da costui di tutti i suoi beni. Ella medesima lasciò per testamento la maggior parte dei suoi beni al popolo romano. È pur noto avere Anco Marzio per testamento nominato Tarquinio l'antico tutore dei proprii figli. Lo stesso Tarquinio creditato avea tutti i beni di suo padre Damarate, in forza di testamento: ed il più notevole si è che impunemente con questo testamento non venne contemplato il nipote del disponente, di cui la nuora, vedova del suo secondo figliuolo Aruno, era incinta quando morì. Laonde il testamento era ammesso non solo in Roma, ma eziandio nel Lazio, in Etruria, e puossi affermare in tutta l'italica penisola.

Dunque il testamento non abbisognò aspettare in Italia le rivolture che tardi lo introdussero in Grecia. Esso vi è per così dire indigeno, ed appare contemporaneo della più remota istoria.

Ma quale erane la forma? Puoi rispondere a siffatta inchiesta unicamente mercè le romane antichità. Al di là di Roma nulla conosci del diritto italico intorno a questo punto del civile diritto. E siccome la intera legislazione del popolo romano ebbe dai suoi fondatori un'impronta eminentemente originale, così, circa le usanze d'Italia, nessuna illazione potrebbesi desumere dalle usanze di Roma. Roma non fu tanto gelosa del suo diritto civile, ella non mostrossene tanto avara per gl'Italiani soggiogati dalle sue armi, se non perchè esso avea distintive caratteristiche costituenti il privilegio del popolo dominante.

Ecco dunque il romano diritto innanzi della legge delle Dodici Tavole. Sotto il punto di vista che noi qui ci facciamo a disaminare, esso ha altissima importanza.

Due erano i modi di testare, cioè uno osservato in tempo di pace, l'altro in tempo di guerra. In tempo di pace i testamenti facevansi nei comizii *(comitia calata)*, i quali teneansi due volte ogni anno, affinchè i cittadini potessero valersi del diritto di testare. Quei comizii erano di due specie, cioè i comizi per curie *(curiata)*, convocati dal littore, ed i comizil per centurie convocati a suon di corno da caccia. Quivi in presenza del collegio dei pontefici inauguravansi il re ed i flamini; quivi altresì compivansi i sacri riti pei retaggi di alcune famiglie; quivi facceansi i testamenti, che sembravano dipendere dal dominio della religione.

Ma quando la guerra chiamava l'esercito sotto le bandiere, i soldati, abbandonando i pacifici lari per marciare alla pugna, testar potevano in più semplice forma, consistente nel nominar l'erede in presenza di tre o quattro testimonii. Spesso nel momento dei più

gravi perigli della mischia o dell'assalto, il soldato pensava al proprio erede, e accoppiava alla rimembranza della patria quella della famiglia.

Denominavansi siffatti testamenti *in procinctu Gabino* ovvero *in procinctu*, a cagion dell'abito militare che indossava il disponente, avvolto nella toga, le cui facce, rivolte sul dorso, andavano a stringere il corpo. Il soldato reputavasi consacrato agli dei. L'intero esercito era sotto la protezione degli auspici che dirigevano i suoi movimenti. Esso aveva sempre seco i pontefici, gli auguri e gli auspici, i quali eccitavano il suo coraggio con le preghiere, le consacrazioni, le predizioni e le sacre formole del sacrificio; talchè il testamento del soldato, posto sotto questa divina tutela, ritraeva dalla presenza dei pontefici un pubblico carattere tanto sublime quanto se si fosse ratificato dal popolo romano.

Oltre queste due forme di testamento, anche prima delle Dodici Tavole, conosceasi un terzo modo di testare, il quale non abbisognava dei comizii, nè dei perigli della guerra per adoperarsi. Era questo il testamento *per aes et libram*, il quale poggiava sulla idea di una mancipazione, e con cui il testatore, mercè la solennità della bilancia e della moneta, attribuiva il suo patrimonio a chi volesse instituire, e che andava considerato qual compratore della famiglia (*familiae emptor*).

Le legislazioni moderne per rispetto alle donazioni ed ai testamenti, tranne poche variazioni di forma, sono tutte di accordo nella sostanza.

Nella Luigiana i testamenti si dividono in tre classi principali, cioè: in testamenti nuncupativi o aperti, in testamenti mistici o chiusi; in testamenti olografi. La prima specie di testamento dev'essere ricevuta da un pubblico notaro alla presenza di tre testimoni residenti nel luogo in cui si forma il testamento o di cinque se lì non risiedono. Artic. 1571 e 1567.

Il Codice di Baviera ha una specialità che riguarda il *cosidetto* testamento giudiziario, il quale corrisponde al nostro testamento per atto pubblico. Il testamento giudiziario, si dice, è quello che vien fatto per iscritto o dettato di viva voce dinanzi un tribunale od una Corte che ne stende un processo verbale. La presenza dei testimoni non è necessaria; quella di un giudice e di un cancelliere basta. Se non che un giudice non potrà testare dinanzi il suo proprio tribunale. Si conoscono pure altre specie di testamenti, come i testamenti militari, quelli ad *pias causas* e quelli fatti durante una epidemia. Le formalità a cui vengono sottoposte sono semplicissime: tutto quel che si richiede si è che la volontà del testatore sia ben constatata. Il testamento fatto durante una epidemia abbisogna di cinque testimoni siano maschi sieno femmine, i quali potranno anche firmarlo successivamente. Ma un anno dopo scomparsa la malattia se il testatore vive il testamento è nullo.

Il Codice Prussiano sulla for-

ma dei testamenti unisce l'elemento Germanico e quello Romano. Imperochè si dice che ognuno può disporre dei propri beni a causa di morte, o per contratto, o per testamento, o per codicillo. Si dispone di una successione intera per testamento e di alcune parti di essa per codicillo. Un codicillo può esistere senza testamento. In generale, prescrive quel Codice, un testamento o un codicillo deve esser fatto dinanzi un tribunale, o dinanzi una commissione nominata a questo effetto. Questa commissione deve comporsi almeno di un giudice e del cancelliere, o invece di due uomini probi che presteranno giuramento. Questa commissione è nominata dal presidente del tribunale.

Egli pare in sulle prime che il Codice Bavarese e Prussiano tolgano ai testatori la facilità di sanzionare legalmente le loro disposizioni, perchè il testamento giudiziario dipendendo da forme così lunghe e così inevitabili, i testatori, se gravemente ammalati, non potrebbero che di rado giovarsene. E pure chi non sconosce gli annali giudiziari di Francia e delle due Sicilie dev'essere convinto che i testamenti per atto pubblico, sono il vero semensaio di lunghi ed ostinati litigi, poichè offrono, trovandosi quasi sempre il testatore in punto di morte, valido argomento a revocare in dubbio sia la libera volontà, la mente sana ed anco la firma. Secondo il Codice Bavarese e Prussiano, già naturato nelle abitudini della vita, come facilmente si può presumere, è indispensabile che il testatore si accinga a disporre dei suoi beni allorquando è pieno di vita, di saggezza, e la tristizia umana non ha nulla che fare.

Delle Donazioni.

Le varie legislazioni moderne convengono in questo che la donazione è un atto che appartiene al diritto delle genti e che deve riunire i caratteri della spontaneità e della irrevocabilità. Gli atti di ultima volontà, secondo il Codice di Baviera, possono farsi per testamento, codicillo, legato, donazione e fedecommesso. Le donazioni poi, salvo se rimuneratorie o pie o a causa di matrimonio, sono soggette alla conferma del tribunale, ove eccedano i mille fiorini. In casi speciali nella Danimarca quando trattasi di conservare i beni nelle famiglie, i testamenti debbono essere confermati dalla cancellaria di stato: così parimente le donazioni a causa di morte.

Il Codice Prussiano esige che la donazione sia fatta innanzi un tribunale, come notammo sotto i testamenti, altrimenti è rivocabile: non può eccedere la metà della fortuna del donante e il giudice ha il diritto di dichiarar prodigo colui che disponga al di là. Se il donante cade nell'indigenza, può reclamare il sei per cento del valore degli oggetti donati. Le donazioni a causa di morte non differiscono punto dalle altre, salvo

che il donante s'abbia riservata la facoltà di rivocarle e in tal caso sono dei legati.

Il Codice della Luigiana ha una disposizione singolare, cioè, che se il donatario muore prima di accettare la donazione tra vivi, l'accettazione non può essere fatta dai suoi eredi e la donazione resta senza effetto (1531).

Nè si può tralasciare quanto stabilisce il Codice Bavarese, poichè si dilunga in tal modo dalle antiche tradizioni e da ciò che è stato generalmente sanzionato che non si sa distinguere se la donazione è un testamento o questo quello. Le donazioni tra vivi, si dice, sono reali, quando il donatore cede al donatario la cosa donata. Esse sono convenzionali quando si promettono solamente. Sono semplici quando si riducono a delle pure liberalità. E rimuneratorie, se fatte in vista di servigi resi dal donatario. Come ben si vede da queste distinzioni, la donazione convenzionale, mancando del carattere proprio della irrevocabilità, si confonde col testamento e ne distrugge tutti i principî.

Fin nella Turchia la donazione ha una specie d'irrevocabilità; poichè nel Codice civile dei Turchi sta scritto: « Un dono a titolo gratuito perchè sia valido, debb' essere accettato dal donatario o seguito dal possesso formale dell'oggetto donato. Il proprietario può disporre a volontà senza eccezione, nè condizione di tempo. La donazione è rivocabile; ma la rivocazione è *biasimevole* ».

Capacità di donare e ricevere.

Il Codice della Luigiana e quello del Cantone di Vaud concordano nel principio che il minore prima di giungere ad una determinata età non possa disporre. Se non che il primo stabilisce che il minore pervenuto all'età di sedici anni non potrà disporre che nella metà dei beni, ed il secondo che il minore di meno di 17 anni non può affatto disporre, ma pergiunto a questa età potrà disporre per causa di morte. Si aggiunge inoltre che l'interdetto per causa di prodigalità non può donare tra vivi (564).

Il Codice della Luigiana inoltre vuole che quelli che son vissuti in concubinaggio sono rispettivamente incapaci di farsi sia tra vivi, sia per causa di morte, alcuna donazione immobiliare, e se si fanno qualche donazione mobiliare, essa non dovrà eccedere la decima parte del valore totale dei loro beni. Sono eccettuati però da questa disposizione quelli che vengono in seguito a maritarsi. Il Codice Olandese per l'istesso principio di moralità pubblica statuisce che l'uomo e la donna, adulteri nulla possono scambievolmente ricevere, purchè l'adulterio sia stato constatato in giudizio prima della morte del testatore.

I Codici Italiani, comechè figliati dal Francese, poco o nulla differiscono fra loro; e per dirne qualcosa, citiamo due articoli principali della capacità di disporre

ne di ricevere del Codice Italiano-Piemontese. Non può donare per atto tra vivi, si dice, chi non può far testamento; il prodigo interdetto, sin dal giorno in cui fu promosso il giudizio d'interdizione; la donna maritata senza l'assistenza od il consiglio speciale del marito, ovvero senza la previa autorizzazione del tribunale. Non possono ben pure acquistare per donazioni tra vivi gl'incapaci di ricevere per testamento, anche sotto il nome d'interposte persone.

Nel *Meng-Isen*, libro religioso della Cina, compilato da un discepolo di Confucio cento anni dopo la morte di lui, ossia nel quarto secolo innanzi l' era nostra si trova la seguente domanda:

« Non debbono l'uomo e la don-
» na interdire a se medesimi di
» donarsi o di ricevere recipro-
» camente dalle mani l'uno del-
» l'altro?

Risposta di *Meng-Isen*: « Ciò è conforme a' riti ». L' abbate Grosier nel supplemento alla descrizione generale della Cina dice che: Il testamento del padre di famiglia è irrefragabile, e che niun vizio di forma può iniciarlo.

Nella sez. 78 del *Ta-Tsing-Leu-Lee* si legge: « Chiunque nomine-
« rà il suo erede e il suo rap-
« presentante in un modo illega-
« le, sarà punito con ottanta col-
« pi.

Nei supplementi poi al detto Codice si trova:

« Viola la legge chi chiama a
» ereditare, in mancanza di figli,
» un parente, s'egli non debba suc-
» cedere in qualità di primoge-
» nito. Il parente nominato ere-
» de in tal guisa sarà rimandato
» alla sua famiglia e gli verrà
» sostituito l'erede legale.

I *Russi* possono disporre dei beni acquisiti, non dei beni patrimoniali, in detrimento dei loro parenti. Gli ecclesiastici non possono essere istituiti legatarii. Ai conventi non possono farsi legati senza la venia dell'Autocrate.

I beni patrimoniali possono essere obbietto di disposizioni solo in mancanza di prole; eppure è d'uopo che la disposizione sia fatta a' parenti della linea onde provengono i beni.

Della Legittima o porzione disponibile.

Le donazioni sia tra vivi sia per causa di morte, secondo il Codice della *Luigiana*, non potranno eccedere i due terzi dei beni del disponente s' egli lascia alla sua morte un figlio legittimo; la metà se lascia due figli; il terzo se ne lascia tre o un più grande numero. Sotto il nome di figli sono compresi i discendenti in qualunque grado siano, bene inteso che essi non sono contati che per il figlio che essi rappresentano.

Questo principio che garentisce la fortuna dei figli, attingendo dalla natura la sua forza, è stato ammesso da tutte le legislazioni; e se varietà sussiste la è per rispetto al calcolo della legittima. Così il Codice *Italo-Piemontese* si avvicina più alle leggi francesi stabilendo che le liberalità per te-

stamento non potranno eccedere due terzi dei beni del disponente quando questi morendo lascia uno o due figli legittimi, o legittimati e la metà quando ne lascia un numero maggiore. Se il testatore non lascia nè figli nè discendenti, ma ascendenti. egli non può disporre che di due terzi.

In *Baviera* la quota disponibile è del terzo ed anche della metà, se gli eredi riservatarî sieno cinque o più

I *Danesi* possono disporre di tutti i loro beni se non han figli. Se ne hanno, non possono disporre che del quarto in favore dei terzi, della chiesa o degli stabilimenti di carità, e di una precapienza per le figlie. Il nobile può disporre di oltre la metà della sua fortuna in favore di un solo dei suoi discendenti. In *Spagna* è ammessa la legittima del quarto, nel caso il padre abbia disposto in pregiudizio dei figli. Dai maggiorati in fuori. nel *Portogallo* tutti i beni si dividono a parti uguali tra i figli d'ambi i sessi. Il padre ha il diritto di disporre del terzo dei beni non sostituiti. Questi beni non possono in *perpetuum* essere sostituiti senza la sanzione del Re. La moglie eredita per metà dal marito.

La quota disponibile in *Russia* non può eccedere la porzione successibile dei beni patrimoniali. Le femmine succedono agl'immobili per $^1/_{14}$; a' mobili per $^1/_8$ quando vengono in concorrenza co' maschi. I figli maschi succedono egualmente per capi, dedotto $^1/_7$ attribuito al conjuge superstite nei beni fondi e $^1/_4$ nei mobili, e la porzione riservata alle famiglie.

Il proprietario rurale non ha in *Svezia* l'assoluta disposizione dei suoi beni ereditari, cioè, che può venderli, ma non donarli o legarli: dei suoi acquisti soltanto può disporre liberamente, senza che vi sia legittima, neppure in favore dei discendenti. I figli hanno diritto agli alimenti. Nella città chi ha figli ha dritto di disporre del sesto dei suoi beni; e della metà chi lascia solo altri eredi.

E finalmente in *Turchia* per rispetto alla porzione *disponibile*, si legge nel Corano: « Dio ci comanda che nella divisione dei nostri beni tra i vostri figli, diate a' maschi una porzione doppia che alle femmine. Ma i mariti sono obbligati di dotar le loro mogli. Se il defunto non lascia che un figlio i suoi parenti prenderanno un sesto ».

Concordando i Codici nazionali e stranieri nel fissare una data quota della quale non può disporre chi ha figli, è conseguenza immediata che apprestino un'azione onde ridurre quelle disposizioni che per avventura si fossero fatte in disprezzo di simili prescrizioni. E veramente così si osserva. Nel Codice Prussiano troviamo però che l'azione di revoca per donazione al di là della metà dei beni, può essere intentata dagli eredi legittimi, se la donazione è stata fatta nei tre anni avanti la morte del donatore. Si dà ben pure la medesima azione a coloro che hanno il diritto agli alimenti.

Della Diredazione.

È noto che la diredazione è teorica Romana, non ammessa dai Francesi, o, se vuolsi, trasformata in quella della indegnità.

Verrà tempo, ne siam certi, che la Diredazione, reliquia non bella di tempi e di costumi che non sono i nostri, scomparirà dai pochi Codici che l'hanno ammessa. Il figlio può aver colpe verso il genitore, ma dopo pochi istanti non ha che pentimento sincero; il padre potrà sdegnarsi contro il figlio, ma il perdono non si è fatto aspettare, se ha sopravissuto alla disposizione odiosa ed odiata; e se è morto con la rabbia nel cuore, tremerà certo a presentarsi al cospetto di Dio!

In ogni modo, fan bordone alle disposizioni delle leggi delle due Sicilie i Codici di Vaud, Luigiana, Baviera, Piemonte.

Il Codice del Cantone di Vaud enumera cinque cause di Diredazione, le quali nulla offrono di rimarchevole, riscontrate con quelle delle due Sicilie.

Il Codice della Luigiana, benchè enumeri dieci motivi, ha solo di singolare che il figlio può essere diredato se, essendo minore, si mariti senza il consenso dei suoi genitori.

Il Codice di Baviera fra non pochi motivi assegna pur quello, se un figlio abbia denunziato i suoi genitori per reato, eccetto quello di eresia, di sacrilegio e di lesa maestà; se il figlio sia convinto di adulterio con la madrigna e la figlia col padrigno.

Noi non ci faremo ad esaminare l' inconvenienza che presenta l' inciso del primo dei motivi or ora discorso: ma non possiamo dispensarci di notare che mentre il legislatore vuole rafforzare l'autorità paterna (che veramente non ha bisogno di alcuno per sostenersi giacchè la natura è qualcosa di superiore alle leggi ed ai legislatori) permettendo la diredazione, riconosce implicitamente, e quasi promuove la denunzia del figlio contro il padre allorchè si tratti di eresia, di sacrilegio e di lesa maestà! Il genitore ebbe presso i Romani l'infausto diritto di vita e di morte su i figli o raramente ne abusò; il genitore ha oggi il diritto di diredare il figlio, ma forse giammai è stata dettata la terribile sentenza; il figlio poi ha il dritto in Baviera di denunziare impunemente il padre; ma il figlio, cred'io, non saprà trovare differenza fra la denunzia e il parricidio!

Il Codice Italo-Piemontese ha infine come motivo di diredazione (che noi, benchè sinceramente cristiani, per le ragioni sopra espressate, non sappiamo approvare) ciò è, se il figlio abbia apostatato dalla Chiesa Cattolica e non vi sia tornato prima della morte del testatore. Lo stesso sarà ove abbia rinunziato alla religione cristiana, se questa era professata dal testatore.

DELLE PRUOVE

Avendo parlato nelle note al testo del nostro Scrittore delle pruove secondo il dritto Romano, noi crediamo utile fermarci sulle regole che adottarono i Germani a questo oggetto; tanto più che quelle barbare costumanze nelle vicende della civiltà furono il diritto di gran parte dell' Europa.

Gli antichi Germani aveano la singolare consuetudine, che non s'incontra presso verun popolo, di ammettere i rei convenuti nel civile onde purgarsi dalla domanda contro loro intentata, mediante un giuramento da prestarsi non solo da loro medesimi, ma anche da un numero determinato di uomini liberi. Per quanto sia assurdo il credere sul suo giuramento a colui ch' è interessato in un affare, e più ancora ad esigere testimoni della negazione di un fatto che di sua natura non può essere provato da testimonii, pure la disposizione è costante; tutte le leggi dei popoli di razza germanica sono positive a questo riguardo: varia soltanto il numero dei testimonii che dovevano attestare l'innocenza secondo il popolo di cui si consultavano le leggi, e secondo la gravità del fatto dal quale voleva purgarsi. La legge Salica fissa il numero dei testimonii fraantrustioni a sei, allorchè l'ammontare della domanda non eccede trentacinque soldi o solidi; a dodici allorchè la somma è fra i trentacinque e i quarantacinque; e a diciotto, allorquando è più forte: in qualche caso ne esigeva venticinque. I testimoni in discolpa erano chiamati *juratores*, *conjuratores*, *sacramentales*, *consacramentales*, *purgatores*, ecc. e con altri nomi ancora: essi attestavano che la domanda era mal fondata, che il convenuto era innocente, ovvero che essi prestavano piena ed intera fede al giuramento col quale egli aveva attestata la sua innocenza. Tutti quelli che sonosi occupati dei tempi in discorso han notata questa particolarità, la quale non può essere attribuita al caso. Noi crediamo trovarne l'origine nell'organizzazione delle piccole popolazioni che originariamente componevano quella della Germania, e di cui gli Anglo-Sassoni hanno perfezionato quel sistema che sino al presente giorno vien seguito in Inghilterra.

Un' altra pruova particolare ai Germani, e che ha concorso a modificare tutte le loro istituzioni è l'uso del combattimento giudiziario nelle procedure civili o criminali in mancanza di altre prove. I Lombardi conoscevano da gran tempo codesta procedura, e il re Luitprando, il quale sembra avere dubitato dell' ammissibilità del combattimento giudiziario, dice precisamente che ei non può proibirlo, essendone ricevuta la consuetudine tra il suo popolo. La legge degli Alemanni ammette il combattimento singolare allorchè si tratta di stabilire i limiti di una terra; i regolamenti ne offrono infiniti esempii.

e tutte le cronache di quei tempi ne son piene.

Gli Anglo-Sassoni avevano adottata la medesima pruova, e i Danesi i quali da lunga pezza l'avevano ammessa, non l'introdussero di nuovo in Inghilterra; i Normanni poi non fecero che confermare un tal uso. Il combattimento giudiziario non era se non una specie di giudizio di Dio, e spessissimo lo s'incontra unito ad altre pruove. Eravi alcun che di lusinghiero veggendo trionfare il valore e la destrezza, virtù principale di un popolo sempre armato; e qualunque fosse la fiducia che si riponeva nella influenza del cielo sull' esito della pugna, si aveva a caro di vedere il buon diritto dal lato di colui che aveva maneggiato le armi con più destrezza; in vece che nelle altre pruove non si vedeva che la decisione circa la varietà dell'affare senz' alcun apparato; sebbene in alcune occasioni, allorchè si temeva qualche conseguenza, la prova del combattimento fosse sostituita da altre come più pacifiche. Difatti Carlomagno volle che tutte le quistioni che potessero insorgere tra i suoi figli circa la divisione del regno e i confini delle terre, fossero terminate con la pruova della croce e non col combattimento.

Dopo il Nord uno sguardo all'Oriente.

La legge Musulmana tanto nella parte religiosa come nella parte civile, offre un utile e vago interesse a conoscerla. E veramente trattasi delle istituzioni sociali di un popolo con una legge petrificata, che dopo dodici secoli e mezzo si spinge oltre, ritorna e pare rimettersi nuovamente al posto antico. Il popolo, la nazione non hanno fatto la legge; invece la legge ha fuso e formato la nazione, il popolo. Un solo carattere nello interno ed in faccia a questa legge è profondamente impresso, e si è: la parola Religione. L' uomo civile principalmente in una società come quella degli Arabi, è la conseguenza dell'uomo religioso: dualismo logico che è, in termini aristotelici, la rappresentazione di un entimema. Nell'islamismo non vi ha insomma che una legge e si è la legge religiosa, legge suprema, imprescrittibile, perchè è la emanazione di Dio, le di cui basi sommarie si trovano nel Corano. Si è per questo rispetto che la legge presso i Musulmani si è ugualmente un domma.

Sotto un punto di vista pratico noteremo, con quali mezzi giungano a stabilire ed a provare le obbligazioni. Il giuramento, dopo quel che abbiamo discorso, non può non essere il primo modo. Il giuramento, secondo la legge musulmana, è una dichiarazione che stabilisce come positiva e come obbligatorio ciò che non esisteva. Il giuramento non impegna la coscienza, nè ha il carattere obbligatorio se non quando s' invoca a testimonio o il nome di Dio o uno dei suoi attributi, per esempio: Per Dio, per la benedizione di Dio, per l'essenza di Dio, per le promesse eterne della Provvidenza, per l'eterna esistenza del Corano, ec.

Un giuramento inconsiderato e portato sopra un errore involontario, relativamente al caso che si credeva certo, e che in seguito è stato riconosciuto come erroneo ed inesatto, non fa incorrere nella pena della espiazione. Il giuramento per errore o persuasione falsa resta ugualmente nullo, se egli è stato fatto senza invocare il nome di Dio.

Il giuramento, nei civili negozii, è violato da colui che ha giurato di soddisfare il pagamento a scadenza fissa nei seguenti casi: Se il creditore riceva una parte del suo credito, o se è stata pagata l'intiera somma a tutt'altra persona di quella che doveva riceverla; se il creditore, benchè soddisfatto all'epoca convenuta reclami sulla depreziazione di qualche pezzo di argento; se il debitore vende a persone oggetti e mercanzie, con i quali doveva soddisfare il creditore, e frattanto il compratore reclama per la nullità della vendita.

La violazione del giuramento: lo giuro di pagare ciò che ti devo, dimani venerdì, è positiva se dimani non è venerdì, ma giovedì, e se il debitore non soddisfa il suo debito l'indomani. E codesta violazione avviene dacchè lo scopo non è la designazione del tempo, ma il pagamento immediato del debito.

Si è perfettamente scaricati dal giuramento, quando chi ha giurato di pagare ad un'epoca fissa, trova il creditore assente. Il debitore può rimettere allora la somma ad un mandatario da lui nominato ad hoc, o ad un rappresentante rivestito del potere del creditore.

Della confessione e dichiarazione.— Confessare è dichiarare, riconoscere. In pratica giudiziaria, la dichiarazione, considerata unicamente per rispetto a colui che dichiara, è la confessione propriamente detta. La dichiarazione che non implica l'idea di utilità e d'interesse per colui che dichiara, è la testimonianza propriamente detta.

Tutti gl'individui in età di ragione e di pubertà, ma liberi di tutela o d'interdizione, subiscono le conseguenze di una confessione conforme alla verità; la confessione è allora reputata obbligatoria. Il fanciullo, l'allenato, l'idiota, l'individuo che non ispira confidenza non possono, fintantochè trovansi sotto tutela o interdizione, fare delle confessioni obbligatorie. La confessione dell'individuo in istato di ebbrezza, o dell'individuo incapace di amministrare i suoi beni e di dirigere i suoi affari, ma non avente tutore, è valevole. L'individuo in istato di ebbrezza è responsabile dei danni ed interessi che potrebbe altrui fare soffrire. La confessione emessa da un Musulmano rinnegato, durante il suo stato di apostasia, è nulla tanto avanti che dopo la morte o il supplizio: se il colpevole ritorna nel seno della religione, la confessione si può accettare. La confessione obbliga a tutte le conseguenze che enuncia.

Allorchè una persona dichiara che essa ritiene il tale individuo senza debito per rispetto a lei,

sotto forma assoluta e generale, questo individuo è liberato del suo debito e di tutte le sue obbligazioni conosciute e sconosciute, come ancora d'ogni azione di danni ed interessi. L' individuo che ha dichiarato il soddisfo del debito, come si è detto, non può essere ammesso, sotto pretesto di obblio o d'ignoranza di tale o tale altra circostanza nuovamente a dimandare, quando anche presentasse dei titoli, tranne il caso che questi titoli fossero veramente di una epoca posteriore alla rinunzia ed al dichiarato soddisfo.

Dopo questo rapido cenno del mondo germanico e musulmano, passiamo a dire una parola dei Codici moderni. E, tralasciando tutto ciò che trova riscontro sia nelle nostre leggi o nelle francesi, noteremo quanto offrono di singolare.

I Codici italiani riconoscono in prima, quasi di accordo, che veruna pruova per mezzo di testimoni può aver luogo su di un oggetto o convenzione, il di cui valore eccede una data somma. Il Codice Italo-Piemontese la fissa a trecento lire.

Il Codice della *Luigiana*, al quale si uniforma quello del Cantone di *Vaud*, stabilisce che ogni atto di alienazione di beni-fondi deve essere redatto per iscritto; se è stato fatto verbalmente, sarà valido contro il compratore e il venditore se entrambi ne confessano l'esistenza con giuramento.

Il Codice di *Parma* ugualmente che il Codice *Olandese* stabiliscono che due testimoni almeno son necessarii a stabilire la pruova di un fatto. Il Codice di Parma inoltre ammette potersi allegare per sospetti non solo i parenti e coloro che avrebbero un interesse opposto, mà ben altri individui. Se non che rimette poscia alla saviezza dei giudici il valutare le deposizioni dei testimoni.

Secondo il Codice della Luigiana l' avvocato ed il procuratore non possono testimoniare sulle confidenze dei loro clienti, tranne che costoro consentissero.

Il giuramento, come mezzo di pruova, è ben anco riconosciuto presso le colte nazioni. Le barbare poi vi affiggono una importanza così superstiziosa e straordinaria che par vogliano credere che la società sia composta d'angeli anzichè di uomini. È rimarchevole che i regolamenti per gli Stati Pontificii ed il Codice della Toscana non hanno disposizioni speciali come provare le obbligazioni; si è perciò che entrambi questi paesi cristianissimi hanno dovuto ricorrere al diritto romano, cioè, al Codice dei Pagani!

È quistione fra noi, come ancora presso i Francesi, se mai il giuramento si potesse deferire sopra fatti che fossero di tale natura da nuocere a colui che ne facesse la confessione.

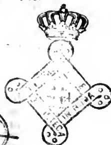
È noto come gl' interpreti del romano diritto adottassero la negativa, perchè nessuno può esser tenuto a confessare la propria turpitudine; è noto ben pure quanto fosse varia la nostra giurisprudenza. Or il Codice di *Baviera* e piemontese hanno sanzionato il principio che il giuramento decisorio non può cadere sopra un

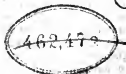
fatto delittuoso. D'altro verso però non sembra commendabile l' articolo 1481 ove dicesi: « Quando siasi prestato il giuramento deferito e riferito non si ammette lo avversario a pruovarne la falsità. Qualora però la falsità ne fosse provata per sentenza criminale, gli effetti civili del giuramento decisorio continueranno, ma sarà sempre salvo al danneggiato il risarcimento dei danni ed interessi che gli potranno competere in forza della sentenza criminale ».

In ogni materia la confessione ha un' alta importanza, ma questa è maggiore nelle materie civili anzichè nelle criminali. Dove trattasi solamente di quistioni pecuniarie, la confessione ha in generale una forza assoluta. E si è perciò quell'adagio: *qui non potest donari non potest confiteri.* Nel Codice piemontese, a cui concorda quello di Parma sta scritto : che per produrre gli effetti voluti dalla legge, la confessione giudiziale debb' essere fatta da persone capaci di obbligarsi.

L' errore di dritto presso noi come presso i Francesi non è un motivo per accogliersi la ritrattazione; poichè la verità, sebbene arrechi pregiudizio, non lascia però di esser sempre la verità. Il Codice di Parma impertanto ha una disposizione singolare che è appunto quella di ammettere *la* ritrattazione qualora la confessione sia stata conseguenza di un errore di dritto che si potesse anche addurre onde sciogliersi dagli effetti della convenzione.

FINE DELL'OTTAVO ED ULTIMO VOLUME.





INDICE

DEL

VOLUME OTTAVO DEL DIRITTO CIVILE DI ZACHARIAE

(*N. B.*) Quelle materie notate in carattere corsivo sono le più rimarchevoli note di *Casaccio* sul Diritto patrio, antico e romano.

PARTE SECONDA

(continuazione)

SEZIONE SECONDA

Delle disposizioni a titolo gratuito.

CAPO PRIMO

Delle disposizioni a titolo gratuito secondo il Diritto comune.

APPENDICE I.

Alla riserva di diritto comune.

* APPENDICE II.

Sulla riserva degli ascendenti.

Delle modificazioni delle disposizioni tra vivi o testamentarie.

* *Dei Maioraschi ed altre sostituzioni.*

DELLE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO, RIGUARDATE SOTTO IL RAPPORTO DEL LORO CONTENUTO, DELLA LORO ESECUZIONE, DEI LORO EFFETTI E DELLE LORO RIVOCAZIONI.

1. Delle disposizioni tra vivi.

2. Delle disposizioni testamentarie.

CAPO SECONDO

DELLE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO PER DIRITTO ECCEZIONALE.

Della divisione di ascendente.

Delle disposizioni fatte per contratto di matrimonio.

INDICE NUMERICO

Leggi civili.

Leggi di Procedura

Codice Penale

Codice di Commercio

VENDIBILE PRESSO LA REGIA UNIVERSITÀ
DEGLI STUDJ DI CATANIA

Prezzo dell' intera Opera

